الكافي في شرح الوافي

للإمام شيخ الإسلام
العلامة أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود
حافظ الدين النسفي
المتوفى سنة ٧١٠هـ
رحمه الله تعالى

معلمة فقهية أصولية أثرية، تنشر لأول مرة، وهي كالشرح على الهداية للمرغيناني، مع العناية بخلاف الإمامين مالك والشافعي رحمهما الله تعالى ومناقشة مذهبيهما

وبحاشيته التعليق المسمى
الشافي الحنفي على كافي النسفي

حققه وعلق عليه
سراج الدين عمر أحمد قباوه

المجلد السابع

من كتاب الكفالة ... إلى كتاب الإقرار

دار المنهاج القويم
علم ينتفع به

٧

الكافي في شرح الوافي

بسم الله الرحمن الرحيم

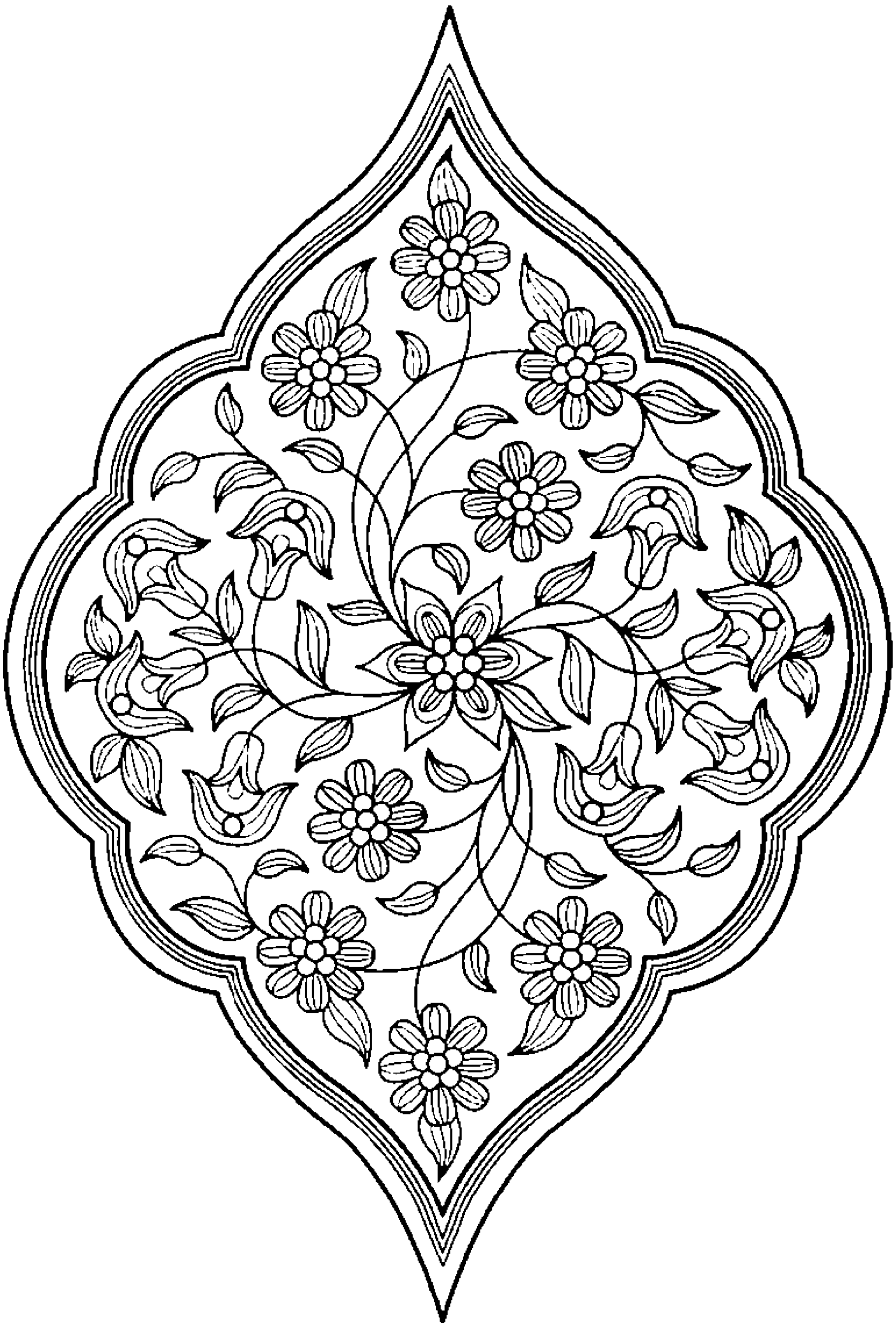
الطَّبعَةُ الأُولى
١٤٤٥هـ - ٢٠٢٤م

دار المنهاج القويم للنشر والتوزيع

الجمهورية العربية السورية
دمشق - حلبوني - جادة ابن سينا - بناء الشلاح
هاتف : 2235402 - فاكس : 2242340 - ص.ب : 31446
جوال : 00963944272501 - العلاقات العامة : 00963947320948
Email : darminhagkawem@hotmail.com
Email : darminhagkawem@gmail.com

ISBN : 978-9933-609-92-4

كِتَابُ الكَفَالَةِ



كتاب الكفالة

كِتابُ الكَفالةِ[1]

الكَفالةُ: ضمُّ ذِمّةٍ إلى ذِمّةٍ مُطالَبةً[ف].

الكَفالةُ لُغةً: الضَّمُّ، ومنه: قولُه تَعالى: ﴿وَكَفَلَهَا زَكَرِيَّآءُ﴾[2] [آل عِمْرَان: ٣٧]، أي ضَمَّها إلى نَفسه، وقولُه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أنا وكافِلُ اليَتيمِ كهاتَين»[3]، أي ضامُّ اليَتيمِ إلى نَفسه.

وشَريعةً: ضمُّ ذِمّةٍ إلى ذِمّةٍ في الْمُطالَبة دونَ الدَّينِ.

---

(١) الكفالة في اللغة: الضم مطلقًا، وفي الشرع: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل مطالبةً دون الدين، فيكون الدين باقيًا في ذمة الأصيل كما كان. «الدستور» ٣/ ٩٠.

(٢) قال في «إتحاف فضلاء البشر» ص٢٢٢: واختلف في ﴿زَكَرِيَّا﴾ فحفص وحمزة والكسائي وكذا خلف: بالقصر من غير همزة، في جميع القرآن، وافقهم الحسن والأعمش، والباقون بالهمز والمد، إلا أن أبا بكر -شعبة- نصبه هنا على أنه مفعول لكفلها كما تقدم؛ لأنه يشدد، ورفعه الباقون ممن خففه على الفاعلية، والمد والقصر لغتان فاشيتان عن أهل الحجاز، فصار حفص وحمزة والكسائي وكذا خلف: (كَفَّلَها زكريا) بالتشديد بلا همز، وافقهم الأعمش، وصار نافع وابن كثير وأبو عمرو وابن عامر وأبو جعفر ويعقوب بالتخفيف والهمز والرفع، وافقهم ابن محيصن واليزيدي، وصار شعبة وحده بالتشديد والهمز والنصب، والحسن بالتخفيف والقصر. انتهى.

(٣) رواه الترمذي (١٩١٨)، وأبو داود (٥١٥٠) ولفظه: «أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة» وقرن بين إصبعيه الوسطى والتي تلي الإبهام.

وهو في البخاري (٦٠٠٥) بلفظ: «أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا»، وقال بإصبعيه السبابة والوسطى.

وقِيل: في الدَّين، وهو قولُ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، فيَصيرُ الدَّينُ الواحِدُ دَينَين؛ لأن الكَفيلَ مُطالَبٌ بالإيفاء، والْمُطالَبةُ بإيفاء الدَّينِ ولا دَينَ: مُحالٌ؛ إذ الْمُطالَبةُ فرعُ الدَّينِ، ولا يُتصوَّرُ الفرعُ بدون الأصلِ، ولهذا لو وُهِب له صَحّ، وهِبةُ الدَّينِ لغَير[1] من عليه الدَّينُ لا تَصِحُّ، فظَهَر أن الدَّينَ وَجَب على الكَفيل.

والأوَّلُ أصَحُّ؛ لأن الدَّينَ بَقِي في ذِمّة الأصيلِ كما كان، خِلافًا لِما يقولُه مالِكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنَّ الأصيلَ يَبرأُ عن الدَّين بالكَفالة، كما في الحَوالة، فلا يُتصوَّرُ وُجوبُه في ذِمّة الكَفيلِ؛ لأن جعْلَ الدَّينِ الواحِدِ دَينَين قلبُ الحَقيقةِ، فلا يُصارُ إليه إلا عندَ الضَّرورةِ، كما إذا وُهِب الكَفيلُ، فإنّا جَعَلنا الدَّينَ عليه ضَرورةَ تَصحيحِ تَصرُّفِه، وجَعَلناه في حُكم دَينَين، وقبلَه لا ضَرورةَ.

ولا يُتصوَّرُ -لوُجود[2] الْمُطالَبةِ- إلا بعدَ وُجودِ أصلِ الدَّينِ، فأما أن يَكونَ واجِبًا على من عليه الْمُطالَبةُ لا مَحالةَ، فلا؛ ألا تَرى أن الوَكيلَ بالشِّراء مُطالَبٌ بالثَّمَن، وأصلُ الثَّمَنِ على الْمُوكِّل، حتى لو أبرَأ البائِعُ الْمُوكِّلَ عن الثَّمَن صَحّ.

ورُكنُها: الإيجابُ والقَبولُ.

وشرطُ جَوازِها: كونُ الْمَكفولِ به مَقدورَ التَّسليمِ من الكَفيل، حتى لا تَصِحُّ الكَفالةُ بالحدِّ والقِصاصِ؛ لفَوات شرطِها، إذ غيرُ الجانِي لا يُؤخَذُ بجِناية الجانِي.

وأهلُها: أهلُ التَّبرُّعِ، بأن كان حُرًّا مُكلَّفًا، فلا تَصِحُّ من العَبد والصَّبيّ.

وحُكمُها: وُجوبُ الْمُطالَبةِ على الكَفيل.

وتَصِحُّ بالنَّفس[ف]، وإن تَعدَّدت..

---

(١) في (ج) و(د) و(هـ): من غير.

(٢) في (ب): وجود.

وتَصِحُّ بالنَّفس، والمَضمونُ بها إحضارُ المَكفولِ به، وهو مذهبُ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعنه: أنها لا تَصِحُّ؛ لأنه غيرُ قادِرٍ على تَسليم المَكفولِ به؛ لأنه رَقَبانيٌّ[1] مِثْلَه لا يَنقادُ له، بل يُمانِعُه ويُدافِعُه، بخِلاف الكَفالةِ بالمال؛ لقُدرته على تَسليم مالِ نفسِه.

ولنا: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «الزَّعيمُ غارِمٌ»[2]، من غَير فصلٍ بينَ الكَفالةِ بالنَّفس وبالمال، فيَقتَضي شَرعيَّتَهما[3].

وعن الصَّحابة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ: أنهم جَوَّزوا الكَفالةَ بالنَّفس[4].

---

(١) نسبة إلى الكفالة بالرقبة.

(٢) رواه الإمام أحمد (٢٢٢٩٤)، وأبو داود (٣٥٦٥)، والترمذي (١٢٦٥)، وابن ماجه (٢٤٠٥).

(٣) في (ج) و(د) و(هـ): شرعيتها.

(٤) روى البخاري في كتاب الكفالة، باب الكفالة في القرض والديون بالأبدان وغيرها (٢٢٩٠) وقال أبو الزناد: عن محمد بن حمزة بن عمرو الأسلمي، عن أبيه: أن عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ بعثه مُصَدِّقًا، فوقع رجل على جارية امرأته، فأخذ حمزة من الرجل كفيلًا حتى قدم على عمر، وكان عمر قد جلده مائة جلدة، فصدقهم وعذره بالجهالة.

وقال جرير والأشعث لعبد الله بن مسعود في المرتدين: استَتِبْهم وكَفِّلهم، فتابوا، وكفلهم عشائرهم.

وقال حماد: إذا تكفل بنفس فمات فلا شيء عليه. وقال الحكم: يضمن. انتهى.

قال الإمام القدوري في «التجريد» ٦/ ٣٠١٥: ويدل عليه: إجماع الصحابة، روي أن رجلًا أتى ابن مسعود رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ فأخبره أنه سمع ابن نواحة يؤذن ويقول: أشهد أن مسيلمة رسول الله، فدعاه فاعترف بذلك، فعرض التوبة عليه فلم يتب، فأمر عبد الله بن مسعود قرظة بن كعب الأنصاري، فأخرجه إلى السوق فجز رأسه، ثم استشار أصحاب محمد صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في قومه، فقال عدي بن حاتم: ثؤلول الكفر أطلع رأسه فاحسمه، فلا يكون بعده شيء، وقال الأشعث بن قيس وجرير بن عبد الله: بل استتبهم وكَفِّلهم عشائرهم، فاستتابهم وكفلهم عشائرهم ونفاهم إلى الشام. (أصله في البخاري ٢٢٩٠ معلقًا كما مر، والطحاوي في « مشكل الآثار» ١١/ ٣١٢، ورواه البيهقي ١١٤١٥ وانظر «تغليق التعليق»=

ولأنه يُقدَرُ على تَسليمه ببَيان مَوضِعِه للطّالِب؛ لأن الكَفيلَ يَكونُ من مَعارِفه ظاهِرًا، والتَّخليةُ بينَه وبينَ الطّالبِ على وجهٍ لا يَقدِرُ أن يَمتنِعَ عنه، أو بالاستِعانة بأعوان القاضِي.

على أن الظّاهرَ[1] أنه إنما يَكفُلُ بنَفس من يَقدِرُ على تَسليمه، ويَنقادُ له في التَّسليم، وقد أمكَن تَحقيقُ مَعنى الكَفالةِ، وهو الضَّمُّ في الْمُطالَبة، فوَجَب أن يَصِحَّ؛ دفعًا للحاجة الماسّةِ إلى إِحياء حُقوقِ النّاسِ.

وكذا إن تَعدَّدت، حتى لو أخَذ من رَجُلٍ كَفيلًا بنَفسه، ثم أخَذ منه كَفيلًا آخرَ: فهما كَفيلان؛ لأن حُكمَها استِحقاقُ الْمُطالَبةِ، وهي تَحتمِلُ التَّعدُّدَ، فالتِزامُ الأوَّلِ لا يَمنَعُ التِزامَ الثّاني، والْمَقصودُ منها التَّوثُّقُ، وأخذُ كَفيلٍ آخرَ زِيادةٌ في التَّوثُّق، فصَحَّت الثّانيةُ مع بَقاءِ الأُولى.

=(٣/ ٢٨٩).

فاتفق على جواز الكفالة: ابن مسعود، وجرير بن عبد الله، والأشعث بن قيس، وقرظة بن كعب، وعدي بن حاتم، وغيرهم.

وروي: أن حمزة بن عمرو الأسلمي أراد أن يرجم رجلًا قد زنى، فقيل له: أصلحك الله، إن أمره رفع إلى عمر، فجلده مائة ولم ير عليه الرجم، فأخذ حمزة بالرجل كفيلًا حتى قدم على عمر، فسأله عن ذلك فصدقه، وحمزة من أكابر الصحابة، ولم ينكر عمر الكفالة.

وروي: أنه كان لعبد الله بن عمر على عليِّ بن أبي طالب دين: فتكفلت أم كلثوم بنت علي بعلي.

ولا يقال: تكفَّلَت بالدين الذي عليه، لأن المروي: أنها تكفلت به.

ومن أصحابنا من حكى عن عثمان وعمران بن حصين جواز ذلك، ولا يعرف له مخالف، وهذه المسألة فيها إجماع بعد الصحابة أيضًا، أنه لم يقل أحد من الفقهاء ببطلانها، ولا صرح الشافعي بذلك، وأهل الأعصار يعتقدونها من غير مانع ولا نكير، فدل ذلك على جوازها. انتهى.

(١) في (ب): الكفيل.

بـ (كَفَلتُ[1] عنه)، وبما عُبِّر عن البَدَن، وجُزءٍ شائعٍ، و(ضَمِنتُه)، و(عليّ)، و(إليّ)، و(أنا زَعيمٌ[2] به)، و(قَبيلٌ[3] به).

وتَصِحُّ بـ (كَفَلتُ عنه)، وبما عُبِّر عن البَدَن حَقيقةً، كنَفْسه وجسَدِه، أو عُرفًا، كرُوحه، ورأسِه، ووجهِه، كما مَرَّ في الطَّلاق، وبجُزءٍ شائعٍ، كنِصفه، وثُلُثِه، وجُزئه؛ لأن النَّفسَ الواحِدةَ في حقِّ الكَفالةِ لا تتجزَّأُ؛ إذ الْمُستحَقُّ بها إحضارُها، وإحضارُ بعضِ النَّفسِ لا يَتحقَّقُ، فصار ذِكرُ بعضِ ما لا يَتجزَّأُ كذِكر كلِّه.

ولو كَفَل بيَده أو رِجلِه: لا يَصِحُّ؛ لأنه لا يُعبَّرُ بهما عن البَدَن، ولهذا لا يَصِحُّ إيقاعُ الطَّلاقِ والعَتاقِ بهما، وصَحَّ بما سَبَق ذِكرُه.

ولو قال: (ضَمِنتُه)، أو (هو عليّ)، أو (إليّ): فهو كَفيلٌ بالنَّفس؛ لأن الضَّمانَ مُوجَبُ الكَفالةِ؛ إذ يَصيرُ بها ضامِنًا للتَّسليم، والعقدُ يَنعقِدُ بالتَّصريح بمُوجَبه، كالبَيع يَنعقِدُ بلَفظ التَّمليكِ، وقولُه: (هو عليّ): أي أنا مُلتزِمٌ تَسليمَه؛ لأن (على) للالتِزام، و(إلى) بمَعنى (على) هنا، قال عَلَيۡهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «من تَرَك مالًا فلوَرَثته، ومن تَرَك كَلًّا[4] أو عِيالًا فإليَّ»[5]، أي فعليَّ.

---

(١) في (ف): ككفلت.

(٢) الزعيم: الضامن. «المشارق» ١/ ٣١٢. زعمت بالمال زَعْمًا -من باب قتل ونفع-: كفلت به، والزَّعَم بفتحتين، والزعامة بالفتح: اسم منه، فأنا زعيم به، وأزعمتك المال بالألف للتعدية. «المصباح» ١/ ٢٥٣.

(٣) القبيل: الكفيل وزنًا ومعنًى، والجمع قُبَلاء وقُبُل بضمتين، فعيل بمعنى فاعل، تقول: قَبِلت به أقبل -من بابي قتل وضرب- قَبالةً -بالفتح-: إذا كفلت، ويطلق القبيل على المذكر والمؤنث. «المصباح» ٢/ ٤٨٨.

(٤) الكَلّ: العيال. «النهاية» ٤/ ١٩٨.

(٥) قال في «نصب الراية» ٤/ ٥٨: روى مسلم (١٦١٩) والبخاري في الفرائض (٦٧٦٣) من حديث=

وكذا لو قال: (أنا زَعيمٌ به)، أو (قَبيلٌ به)؛ لأن الزَّعامةَ هي الكَفالةُ، قال اللهُ تَعالى: ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يُوسُف : ٧٢]، والكَفيلُ يُسمَّى قَبيلًا، وسُمِّي الصَّكُّ قَبالةً: لأنه وَثيقةٌ بالحقِّ.

وإن قال: (أنا ضامِنٌ لمعرِفته) فهو باطِلٌ؛ لأن مُوجَبَ الكَفالةِ التِزامُ التَّسليمِ، وهو ضِمنَ الْمَعرِفة، لا التَّسليمُ.

فإن شُرِط تَسليمُه في وقتٍ بعَينه: أحضَره فيه إن طَلَب، فإن أَبى: حُبِس.

فإن شُرِط في الكَفالة تَسليمُ الْمَكفولِ به في وقتٍ بعَينه لَزِمه إحضارُه إن طَلَبه في ذلك الوقتِ؛ رِعايةً لِما التَزمه، فإن أحضَره فبها، وإن أَبى حَبَسه الحاكِمُ؛ لأنه تَحقَّق امتِناعُه عن إيفاء حقٍّ مُستحِقٍّ عليه بالتِزامه، فصار ظالِمًا، والحبسُ جَزاؤُه، ولكن لا يَحبِسُه أوَّلَ مرّةٍ؛ لأن الحبسَ عُقوبةٌ، فتَتوجَّهُ على الظّالِم، ولا يَظهَرُ ظُلمُه في أوَّل الوَهْلةِ، فلعلَّه ما دَرى لماذا يُدعى.

ولو غاب الْمَكفولُ بنَفسه أمهَل الحاكِمُ الكَفيلَ مُدّةَ ذَهابِه إليه ومَجيئِه، فإن مَضَت

=أبي حازم عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: «من ترك مالًا فلورثته، ومن ترك كَلًّا فإلينا». انتهى.

وأخرج أبو داود (٢٨٩٩) والنسائي (في «الكبرى» ٦٣٢٢) وابن ماجه (٢٧٣٨) في الفرائض عن المقدام بن معد يكرب قال: قال رسول الله ﷺ: «من ترك كَلًّا فإلي، ومن ترك مالًا فلورثته، وأنا وارث من لا وارث له، أعقل منه، وأرثه، والخال وارث من لا وارث له، يعقل عنه ويرثه». انتهى، ورواه ابن حبان في «صحيحه» في النوع السادس والستين من القسم الثالث (٦٠٣٥)، وفي لفظ لأبي داود (٢٩٠٠ وهو في مسلم ٨٦٧) قال: «أنا أولى بكل مؤمن من نفسه، فمن ترك دَينًا أو ضيعةً فإلي» الحديث، وأخرج أبو داود في الخراج (٢٩٥٤) وابن ماجه في الأحكام (٢٤١٦) عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جابر قال: كان رسول الله ﷺ يقول: «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، من ترك مالًا فلأهله، ومن ترك دَينًا أو ضياعًا فإلي وعلي». انتهى، ورواه ابن حبان أيضًا في النوع الرابع والعشرين من القسم الخامس (٣٠٦٢)، وذهل شيخنا علاء الدين فعزاه مقلدًا لغيره لابن ماجه فقط، والله أعلم.

ولم يُحضِره: حَبَسه؛ لأنه امتنَع عن التَّسليم مع إمكانِه، فبان ظُلمُه.

وإن سَلَّمه بحيث قَدَر الْمَكفولُ له أن يُخاصِمَه، كمِصرٍ، لا بَرٍّ: بَرِئ.

فإن أحضَره وسَلَّمه في مَكانٍ يَقدِرُ الْمَكفولُ له أن يُخاصِمَه، كمِصرٍ: بَرِئ الكَفيلُ من الكَفالة؛ لأنه ما التزَم تَسليمَه إلا مرّةً، وقد أتى به.

وإن سَلَّمه في بَرٍّ أو سَوادٍ: لم يَبرَأ؛ لأنه لا يَقدِرُ على الْمُخاصَمة فيهما؛ لعَدَم حاكِمٍ يَحكُمُ فيهما.

ولو كَفَل على أن يُسلِّمَه في مَجلِس القاضِي، فسَلَّمه في السُّوق: بَرِئ؛ لأن الْمَقصودَ تَسليمُه على وجهٍ يُوصِلُه إلى حقِّه، وقد حَصَل.

وقِيل: في زَمانِنا لا يَبرَأُ؛ لأن أكثَرَ النّاسِ في زَمانِنا يُعِينون الْمَطلوبَ على الامتِناع من الحُضور والعِنادِ؛ لغَلَبة أهلِ الفَسادِ، فكان التَّقييدُ بمَجلِس القاضِي مُفيدًا.

وإن سَلَّمه في مِصرٍ آخرَ غيرِ الْمِصرِ الَّذي كَفَل فيه: بَرِئ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ إذ الْمُعتبَرُ تَسليمُه على وجهٍ يَتمكَّنُ من إِحضاره مَجلِسَ الحاكِمِ، وقد وُجِد.

وعندَهما: لا يَبرَأُ؛ لأنه إنما يَبرأُ بالتَّسليم الذي التزَمه، وهو التزَم[1] التَّسليمَ في مِصرٍ كَفَل فيه، وجاز أن يَكونَ شُهودُه فيه، أو ذلك القاضِي يَعرِفُ حادِثتَه، فلا يَبرأُ بالتَّسليم في مِصرٍ آخرَ.

قُلنا: ولعلَّ شُهودَه فيما سَلَّمه، أو هذا القاضِي يَعرِفُ حادِثتَه، فتعارَض[2] الْمَوهومانِ[3]، وبَقِي التَّسليمُ سالِمًا عن الْمُعارِض، فيَبرأُ.

---

(١) في (ب): التزام.

(٢) في (ب): فتتعارض.

(٣) في (ج) و(هـ): الموهومات. وانظر «العناية» ٧/ ١٦٩، وعبارته ثَمَّ: والجواب: أن شهوده=

وهذا إذا لم يُشترَط التَّسليمُ في مِصرٍ كَفَل فيه، وإن شُرِط فلا يَبرأُ عندَهما، وعلى قَوله اختلَف الْمَشايخُ رَحِمَهُمُ اللَّهُ فيه.

ولو سَلَّمه في السِّجن، وقد حَبَسه غيرُ الطّالبِ: لا يَبرأُ الكَفيلُ؛ لأن الغرَضَ من التَّسليم تمكُّنُه من إِحضاره مَجلِسَ الحاكِمِ ليُثبِتَ عليه حقَّه، وذا لا يَتأتّى إذا كان محبوسًا.

وتَبطُلُ بمَوت الْمَطلوبِ والكَفيلِ، لا الطّالبِ، وبَرِئ بدَفعه إليه، وإن لم يُشترَط[1].

وتَبطُلُ الكَفالةُ بمَوت الْمَطلوبِ؛ لأنه كَفيلٌ بما هو واجِبٌ على الأَصيل، فإذا بَرِئ مَن عليه أصلُ التَّسليمِ بَرِئ الكَفيلُ ضَرورةً، وهو ما كَفَل بنَفس الوارِثِ ليُخاطَبَ بإِحضاره، وإنما كَفَل بنَفس الْمُورِّثِ.

وبمَوت الكَفيلِ؛ لأن تَسليمَ الْمَطلوبِ لا يَتحقَّقُ بعدَ موتِ الكَفيلِ منه، ووَرَثتُه لم يَكفُلوا[2] له بشيءٍ، وإنما يَخلُفونه فيما له لا فيما عليه، ولا يَبقى باعتِبار تَرِكتِه؛ لأنه إنما يَبقى باعتِبار التَّرِكةِ ما أمكَن استِيفاؤُه منها، ولا يُمكِنُ استِيفاءُ الكَفالةِ بالنَّفس من المال، بخِلاف الكَفالةِ بالمال.

لا بمَوت الطّالبِ، فلوَصِيِّه أن يُطالِبَ الكَفيلَ؛ لقِيامه مَقامَه في استِيفاء حُقوقِه، وإن لم يكن له وصيٌّ أخذَتْه الوَرَثةُ؛ لأنهم خُلَفاؤُه في حُقوقه.

ومن كَفَل بنفسِ آخرَ، ولم يَقُل: (إذا دَفعتُ إليك فأنا بريءٌ)، فدَفَعه إليه: فهو

= كما يتوهم أن يكون فيما عينه يتوهم أن يكون فيما سلمه فيه، فتعارض الموهومان، وبقي التسليم متحققًا... إلخ.

(١) أي قبول الطالب التسليم.

(٢) في (أ): لا يكفلوا، وفي (ج): لم يتكفلوا.

بريءٌ؛ لأن مُوجَبَ التَّسليمِ البَراءةُ، فتَثبُتُ، نَصَّ عليها أوْ لا؛ إذ مُوجَبُ التَّصرُّفِ يَثبُتُ بلا تَنصيصٍ عليه، كالْمُستَعير أو الغاصِبِ إذا رَدَّ الْمُستعارَ أو الْمَغصوبَ يَبرأُ عن ضَمان الرَّدّ.

ولا يُشترَطُ قَبولُ الطّالبِ التَّسليمَ؛ لأن الكَفيلَ يُبرِئُ نفسَه بإيفاء ما التَزم، فلا يَتوقَّفُ ذلك على قَبول صاحِبِ الحقِّ، كالْمَديون إذا وَضع الدَّينَ بينَ يَدَي الطّالبِ، فإنه لا يُشترَطُ قَبولُه.

ولو سَلَّم الْمَكفولُ به نفسَه إلى الْمَكفول له بجِهة الكَفالةِ: صَحّ؛ لأنه مُطالَبٌ بالخُصومة، فكان له وِلايةُ دفعِ الخُصومةِ، وكذا لو سَلَّمه إليه وَكيلُ الكَفيلِ ورَسولُه؛ لأنهما قائِمان مَقامَه.

(إن لم أُوافِ به غدًا فهو ضامِنٌ لِما عليه)، فلم يُوافِ به، أو مات الْمَطلوبُ: ضَمِن(ف) المالَ.

ومَن له على آخرَ مِائةُ دِرهَمٍ، فكَفَل رَجُلٌ بنَفسه على أنه إن لم يُوافِ به غدًا فهو ضامِنٌ لِما عليه، وهو مِائةٌ: صَحَّت الكَفالتان، وإذا لم يُوافِ به غدًا فعليه الْمِائةُ؛ لأنه عَلَّق الكَفالةَ بالمال بعَدَم الْمُوافاةِ.

وهذا التَّعليقُ صَحيحٌ؛ لتَعامُل النّاسِ إيّاه، وإن كان القِياسُ يَأباه، وبالتَّعامُل يُترَكُ القِياسُ في البَيع، كما لو اشتَرى نعلًا على أن يَحذُوَه البائِعُ، مع أن بابَه أضيَقُ من الكَفالة، فلأَن يُترَكَ هنا وبابُها أوسَعُ أَولى.

وإذا لم يُوافِ بنَفسه حتى لَزِمه المالُ لا يَبرأُ من الكَفالة بالنَّفس، إذ لا تنافِيَ بينَ الكَفالتَين، فكلُّ واحِدةٍ منهما للتَّوثُّق، حتى لو كَفَل بهما معًا تَصِحُّ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تَصِحُّ الكَفالتان أصلًا[1].

أما الكَفالةُ بالنَّفس: فلما مَرّ.

وأما الكَفالةُ بالمال: فلأنها سبَبُ وُجوبِ المالِ، وتَعليقُ سببِ وُجوبِ المالِ بالأَخطار لا يَصِحُّ، كالبَيع.

ولنا: أن الكَفالةَ بالمال تُشبِهُ النَّذرَ ابتِداءً باعتِبار التِزامِ المالِ، وتُشبِهُ البيعَ انتِهاءً؛ لأن الكَفيلَ يَرجِعُ على الأَصيل بما أدّى عنه، فكان مُبادَلةَ المالِ بالمال، فقُلنا: لا يَصِحُّ تَعليقُها بمُطلَقِ الشَّرطِ، كهُبوب الرِّيحِ، ومَجيءِ المطَرِ؛ عمَلًا بشَبَه البيعِ، وتَصِحُّ بشرطٍ مُتعارَفٍ، كعَدَمِ الْمُوافاةِ به في وقتِ كذا؛ عملًا بشَبَه النَّذرِ.

ومن كَفَل بنَفس رَجُلٍ، وقال: (إن لم أُوافِ به غدًا فعليه[2] المالُ الذي للطّالب عليه)، فمات الْمَكفولُ عنه قبلَ مُضِيِّ الغدِ، ثم مَضى الغدُ: ضَمِن الكَفيلُ المالَ؛ لأن شرطَ لُزومِ المالِ عدمُ الْمُوافاةِ، وقد وُجِد.

فإن قِيل: شرطُ وُجوبِ المالِ عدمُ مُوافاةِ مُستحِقِّه، وذا لا يَكونُ بعدَ موتِ الْمَكفولِ عنه؛ لأن الكَفالةَ بالنَّفس تَبطُلُ بمَوته، فيَنبَغي أن لا يَلزَمَه المالُ.

قُلنا: الشَّرطُ عدمُ الْمُوافاةِ مُطلَقًا، فلا يَصِحُّ التَّقييدُ بمُوافاة مُستحِقِّه.

(إن لم أُوافِ به غدًا فعليَّ نفسُ فُلانٍ): صَحّتا[ف م].

ولو قال: (كَفَلتُ لك بنَفس فُلانٍ، فإن لم أُوافِ به[3] غدًا فأنا كَفيلٌ لك بنَفس فُلانٍ)، وهو غَريمٌ آخرُ له: صَحَّت الكَفالةُ الأُولى اتِّفاقًا.

---

(١) مثبتة من (ج).

(٢) في (ب): فعلي.

(٣) في (ب): أواف لك به، وفي (ج): يواف به.

وكذا الثانيةُ عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ؛ لأن هذا الشَّرطَ مُلائِمٌ، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: هي باطِلةٌ؛ لأنه غيرُ مُلائِمٍ.

ولو قال: (فعليَّ الْمِائةُ)، فلم يُوافِ به: لَزِمت.

ومن ادَّعى على آخَرَ مِائةَ دِينارٍ، فبيَّن صِفتَها أو لم يُبيِّن، فقال له رَجُلٌ: (دَعْه؛ فأنا كَفيلٌ بنَفسه، فإن لم أُوافِك به غدًا فعليَّ الْمِائةُ)، فلم يُوافِ به غدًا: فعليه مِائةُ دِينارٍ عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وقال محمدٌ رَحِمَهُٱللَّهُ: إن ادَّعاها ولم يُبيِّنها حتى كَفَل له بمِائة دِينارٍ، ثم ادَّعى بعدَ ذلك: لا تَصِحُّ دَعواه؛ لأنه عَلَّق مالًا مُطلَقًا بخطَرٍ حيث لم يَقُل: (التي لك على فُلانٍ)، فكان هذا رِشوةً التزَمها الكَفيلُ له عندَ عدَمِ الْمُوافاةِ، وهذا الطَّريقُ يُوجِبُ أن لا تَصِحَّ الكَفالةُ وإن كان المالُ مُبيَّنًا عندَ الدَّعوى.

ولأنه لَمّا لم يُبيِّن لم تَصِحَّ دَعواه، فلم يَجِب إحضارُ النَّفسِ إلى مَجلِس القاضِي، فلم تَصِحَّ الكَفالةُ بالنَّفس، فلم تَصِحَّ بالمال أيضًا؛ لأنها بِناءً على الكَفالة بالنَّفس، وهذا الوجهُ يُوجِبُ أن تَصِحَّ إذا بيَّن المالَ عندَ الدَّعوى.

ولهما: أن هذه كَفالةٌ أمكَن تَصحيحُها، فتُصحَّحُ.

أما إذا بيَّن المالَ عندَ الدَّعوى: فلأن المالَ ذُكِر مُعرَّفًا، فيَنصرِفُ إلى ما على الْمُدَّعى عليه؛ لأن العادةَ جَرَت بإجمال(١) الكَفيل ذلك، ويُريدَ ما تَناولَتْه الدَّعوى.

وأما إذا لم يكن مُبيَّنًا: فلأن النّاسَ يُجمِلون المالَ الْمُدَّعى به في غَير مَجلِسِ القَضاءِ في الْمُتعارَف، ولا يُبيِّنون إلا عندَ القاضِي؛ دفعًا لحِيَل الخُصومِ، وصَونًا لكَلامهم إلى

(١) في سوى (ج): (بأن يتهم) بدل (بإجمال). والسياق يؤيد ما أثبتُّه، وانظر عبارة «التبيين» ٤/ ١٥١.

وَقت الحاجةِ، فصَحَّت الدَّعوى والْمُلازَمةُ على احتِمال البَيانِ من جِهَته، فإذا بَيَّن انصَرَف بَيانُه إلى ابتِداء الدَّعوى، فيَظهَرُ به صِحّةُ الكَفالةِ بالنَّفس، فتَصِحُّ الكَفالةُ بالمال؛ لأنها بِناءٌ عليها.

ولا يُجبَرُ على الكَفالة بالنَّفس في حدٍّ(س م)، وقِصاصٍ(س م).

ولا يُجبَرُ على الكَفالة بالنَّفس في الحُدود والقِصاصِ، أي: لا يُجبِرُه على إِعطاء الكَفيلِ، وهذا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ.

وقالا: يُجبِرُه على إِعطاء الكَفيلِ في حدِّ القذفِ والقِصاصِ؛ لأن الكَفالةَ شُرِعت لتَسليم النَّفسِ، وتَسليمُ النَّفسِ واجِبٌ على الأَصيل هنا، فصَحَّت الكَفالةُ به، كما في دَعوى المالِ، بخِلاف الحُدودِ الخالِصةِ؛ لأنها محضُ حقِّ اللهِ تَعالى، والكَفالةُ شُرِعت وَثيقةً لنا كيلا يَفوتَ حقُّنا، واللهُ تَعالى غنيٌّ عن ذلك.

أما القِصاصُ: فالْمُغلَّبُ فيه حقُّ العبدِ، وحدُّ القذفِ مُشتمِلٌ عليهما، وإن كان الغالِبُ حقَّ اللهِ تَعالى.

وله: قولُه صَلّى اللهُ عيه وسَلَّم: «لا كَفالةَ في حدٍّ»(١) مُطلَقًا.

ولأن الكَفالةَ للاستِيثاق، ومَبنى الحُدودِ والقِصاصِ على الدَّرء، فالجبرُ على إِعطاء الكَفيلِ فيهما يُفضِي إلى فَساد الوضعِ، بخِلاف سائِرِ الحُقوقِ؛ لأنها لا تَسقُطُ بالشُّبهات، فيَليقُ الاستِيثاقُ(٢) بها، كما في التَّعزير، فإنه حقُّ العِبادِ، ولا يَسقُطُ بالشُّبهة.

ولو أَعطى الكَفيلُ بنَفسه جاز إجماعًا؛ لأن تَسليمَ النَّفسِ مُستحَقٌّ على الأَصيل

---

(١) رواه ابن عدي في «الكامل» ٦/ ٤١، والإسماعيلي في «معجم شيوخ الإسماعيلي» ١/ ٤١٣، والبيهقي (١١٤١٧)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٥٩.

(٢) في (ج): فيختل للاستيثاق.

للطّالب، فتَصِحُّ الكَفالةُ به.

ولا يُحبَسُ حتى يَشهَدَ شاهِدان أو عَدْلٌ.

ولا يُحبَسُ في الحُدود والقِصاصِ حتى يَشهَدَ شاهِدان مَستوران، أو شاهِدٌ عدلٌ يَعرِفُه القاضِي بالعَدالة؛ لأن الحبسَ لتُهَمة الفَسادِ هنا لا للاحتِياط، وشَهادةُ الْمَستورَين تَصلُحُ للحُكم، فتَصلُحُ لإثبات التُّهَمةِ، وخبرُ الواحِدِ حُجّةٌ في الدِّيانات والْمُعامَلاتِ، فيَثبُتُ بشَهادة العدلِ التُّهَمةُ وإن لم يَثبُت أصلُ الحقِّ.

والحبسُ لتُهَمة الفَسادِ مَشروعٌ، فإنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَبَس رَجُلًا بتُهَمةٍ[1]، بخِلاف دَعوى المالِ؛ لأن الحبسَ نوعُ عُقوبةٍ، وفي دَعوى الحدِّ أو القِصاصِ عُقوبةٌ أَقوى من الحَبس إذا ثَبَت[2]، فإذا صار مُتَّهَمًا به يُعاقَبُ بالحَبس، وفي دَعوى المالِ أَقصى العُقوباتِ الحبسُ إذا ثَبَت، فقبلَ ثُبوتِه لا يُعاقَبُ به.

وعنهما في الحبس في الحُدود والقِصاصِ رِوايتان، في رِوايةٍ: يُحبَسُ ولا يُكفَل، وفي رِوايةٍ: عكسُه؛ لحُصول الاستِغناءِ بأحَدهما.

وبالمال[3]، وإن جُهِل، لو دَينًا صَحيحًا..

بـ (كَفَلتُ عنه بألفٍ)، و(بما لَكَ عليه)، و(بما يُدرِكُك في هذا البيعِ)، و(ما بايَعتَ فُلانًا فعليّ)، و(ما ذاب[4] لك عليه فعليّ)، و(ما غَصَبك فُلانٌ -لا أحدٌ- فعليّ)،

(١) رواه الإمام أحمد (٢٠٠١٩)، وأبو داود (٣٦٣٠)، والترمذي (١٤١٧)، والنسائي (٤٨٧٦) وفي الأخيرين: ثم خلى عنه.

(٢) في (ج) و(د): ثبتت.

(٣) أي وتصح الكفالة بالمال.

(٤) كفل بما ذاب له على فلان: أي ثبت، قاله في «ديوان الأدب»، وقال في «مجمل اللغة»: أي وجب. «الطلبة» ص١٤٠. ذاب لي عليه حق: أي وجب، مستعار من ذوب الشحم. «المغرب» ص١٧٨.

وطالَبَ أيًا شاء.

وتَصِحُّ الكَفالةُ بالمال، مَعلومًا كان الْمَكفولُ به أو مَجهولًا.. إذا كان دَينًا صَحيحًا، مِثلَ أن يَقولَ: (تَكفَّلتُ عنه بألفٍ)، أو (بما لَكَ عليه)، أو (بما يُدرِكُك في هذا البيعِ)؛ لأن جَهالةَ الْمَكفولِ به لا تَمنَعُ صِحَّةَ الكَفالةِ إذا كانت مُستدرَكةً؛ لبِنائها على التَّوسُّع؛ لأنها تَبرُّعٌ ابتِداءً لا مَحالةَ.

وعلى الكَفالة بالدَّرَك، وهو[1]: أن يَقولَ للمُشتَري: (أنا ضامِنٌ للثَّمَن إن استَحَقَّ الْمَبيعَ أحَدٌ).. إجماعٌ[2]، وأصلُ اللُّحوقِ في الدَّرَك، وقَدْرُ ما يَلحَقُه فيه الدَّرَكُ مَجهولٌ، وكَفى بالإجماع حُجّةً.

وكذا لو قال: (كَفَلتُ لك بما أصابك من هذه الشَّجّةِ التي شَجَّك فُلانٌ)، وهي خطأٌ، بَلَغت النَّفسَ أو لم تَبلُغ، ومِقدارُ ما التَزَمه بهذه الكَفالةِ مَجهولٌ؛ لأنه لا يُدرى قَدْرُ ما يَبقى من أثَر الشَّجّةِ، وهل تَسري إلى النَّفس أوْ لا تَسري.

والدَّينُ الصَّحيحُ: أن لا يَسقُطَ إلا بالأَداء أو بالإبراء، وفيه احتِرازٌ عن بَدَل الكِتابةِ؛ إذ لا تَصِحُّ الكَفالةُ به؛ لثُبوته في ذِمّة الْمُكاتَبِ مع الْمُنافِي؛ لأنه عبدٌ ما بَقِي عليه دِرهَمٌ، والْمَولى لا يَستوجِبُ على عَبده دَينًا، إلا أنه لحاجَته إلى العَتق ثَبَت[3] الدَّينُ، فكان ثابتًا في حقِّه لا في حقِّ صِحّةِ الكَفالةِ به.

ويَصِحُّ تَعليقُ الكَفالةِ بالشُّروط، كما لو قال: (ما بايَعتَ فُلانًا فعليّ)، و: (ما ذاب لك عليه فعليّ)، و: (ما غَصَبك فُلانٌ فعليّ)، بخِلاف: (ما لو غَصَبك أحدٌ شيئًا).

---

(١) في (ب): مثل.

(٢) في (هـ): إجماعًا.

(٣) في (ب): أثبتنا.

والأصلُ فيه: قولُه تَعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يُوسُف : ٧٢]، فالآيةُ تَدُلُّ على أن جَهالةَ الْمَكفولِ به لا تَمنَعُ صِحّةَ الكَفالةِ؛ إذ حِملُ البَعيرِ مَجهولٌ، وعلى أن تَعليقَ الكَفالةِ بالشَّرط جائزٌ، حيث عَلَّق الكَفالةَ بشَرط الْمَجيءِ بالصُّواع، وشَريعةُ من قبلَنا تَلزَمُنا إذا قَصَّ اللهُ أو رَسولُه بلا إنكارٍ.

فإن قِيل: الكَفيلُ من يَكونُ ضامِنًا عن الغَير، وهذا القائِلُ كان ضامِنًا عن نَفسه؛ لأنه كان مُستأجِرًا، والْمُستأجِرُ ضامِنٌ للأُجرة، سَواءٌ كان أصيلًا أو وَكيلًا، وإذا كان ضامِنًا للأُجرة بحُكم العقدِ لم يُتصوَّر أن يَكونَ كَفيلًا عن غَيره، فكان مَعنى قولِه: ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يُوسُف : ٧٢]: أنا ضامِنٌ للأَجر بحُكم الإجارةِ لا بحُكم الكَفالةِ.

قُلنا: الزَّعيمُ: الكَفيلُ؛ لِما مَرّ، وأمكَن حملُ الآيةِ على الكَفالة، بأن قال الْمُنادي للعِير: (إن الْمَلِكَ يَقولُ لكم: لمن جاء به حِملُ بَعيرٍ، وأنا كَفيلٌ بذلك)، فتكونُ كَفالةً عن الْمَلِك لا عن نَفسه؛ لأن الْمُناديَ كان رَسولًا من جِهة الْمَلِكِ، والرَّسولُ بالاستِئجار يَصلُحُ أن يَكونَ كَفيلًا بالأَجر عن الْمُرسِل.

فإن قِيل: قد ظَهَر انتِساخُه؛ لأن الكَفالةَ لا تَصِحُّ(١) لِمَجهولٍ إجماعًا، والْمَكفولُ له مَجهولٌ هنا.

قُلنا: هنا أَمران: جَوازُ الكَفالةِ مع جَهالةِ الْمَكفولِ له، وجَوازُها مُضافةً إلى سَبَب وُجوبِ المالِ، فانتِساخُ الأوَّلِ لا يَدُلُّ على انتِساخ الثّاني، والإجماعُ مُنعقِدٌ على صِحّة الكَفالةِ بالدَّرَك، وهي مُضافةٌ إلى سَبَب الوُجوبِ بالاستِحقاق.

ثم إن كان الشَّرطُ مُلائِمًا، بأن كان شرطًا لوُجوب الحقّ، كقَوله: (إذا استُحِقَّ الْمَبيعُ)، أو لإمكان الاستِيفاءِ، كقَوله: (إذا قَدِم زَيدٌ)، وهو مَكفولٌ عنه، أو لتَعذُّر

(١) في (ب): لا تصلح.

الاستِيفاءِ، كقَوله: (إذا غاب عن البَلدة): يَصِحُّ، وإن لم يكن مُلائِمًا، كقَوله: (إن هَبَّت الرِّيحُ)، أو (إن جاء المطرُ)، أو (إن دَخَل زيدٌ الدّارَ): لا يَصِحُّ.

وكذا إذا كَفَل به إلى مَجيء المطرِ، أو هُبوبِ الرِّيحِ: بَطَل الأجَلُ، وصَحَّت الكَفالةُ؛ لأنهما ليس من الآجال الْمَعروفةِ بينَ التُّجّارِ، والكَفالةُ ممّا يَصِحُّ تَعليقُها بالشَّرط، فلا تَبطُلُ بالشُّروط الفاسِدةِ، كالطَّلاق والعَتاقِ.

وطالَب الْمَكفولُ له أيًا شاء، الأصيلَ بالأَصالة، والكَفيلَ بالكَفالة؛ إذ الكَفالةُ: ضمُّ الذِّمّةِ إلى الذِّمّة في الْمُطالَبة، فيَستَدعي حقَّ الْمُطالَبةِ منهما، إلا إذا شَرَط بَراءةَ الأصيلِ، فحينَئِذٍ تكونُ حَوالةً، كما أن الحَوالةَ بشَرط أن لا يَبرأَ بها الأصيلُ كَفالةٌ؛ إذ العِبرةُ في العُقود للمَعاني.

ولو طالَب أحَدَهما له مُطالَبةُ الآخَرِ، وله أن يُطالِبَهما؛ لِما مَرَّ أن مُقتَضاها الضَّمُّ، بخِلاف المالِكِ إذا اختار تَضمينَ أحدِ الغاصِبين؛ فإنه ليس له أن يُضمِّنَ الآخرَ؛ لأنه إذا ضَمَّن أحَدَهما بالرِّضاء أو بالقَضاء فقد مَلَّك الْمَغصوبَ منه، فلا يَملِكُ رُجوعَه وتَمليكَه من الآخَر.

والْمُطالَبةُ بالكَفالة لا تَتضمَّنُ التَّمليكَ ما لم تُوجَد حَقيقةُ الاستِيفاءِ، حتى إذا استَوفاه من أحَدِهما صار الْمَضمونُ -وهو الدَّينُ- مِلكًا له، فلا يَكونُ له مُطالَبةُ الآخَرِ، وفي الغَصب إذا اختار تَضمينَ أحَدِهما بلا رِضاءٍ وقَضاءٍ له تَضمينُ الآخَرِ أيضًا.

كَفَل بما له عليه، فبَرْهَن على شيءٍ: لَزِمه، وإلا صُدِّق الكَفيلُ بحَلِفه فيما أقَرّ، ولا يَنفُذُ قولُ الْمَطلوبِ عليه.

فإن قال: (تكَفَّلتُ بما لَك عليه) فقامت البَيِّنةُ بألفٍ عليه: ضَمِنه الكَفيلُ؛ لأن الثّابتَ بالبَيِّنة كالثّابِت عِيانًا، فتَحقَّق ما عليه، وإن لم تَقُم البَيِّنةُ فالقولُ للكَفيل مع يَمينِه

في قَدْر ما أقَرَّ به؛ إذ القولُ للمُنكِر، وهو مُنكِرٌ للزِّيادة.

فإن أقَرَّ الْمَكفولُ عنه بأكثرَ منه لم يُصدَّق على كَفيله؛ لقُصور وِلايةِ الْمُقِرِّ عن غَيره، ويُصدَّقُ في حقِّ نفسِه؛ لوِلايته على نَفسه.

وتَصِحُّ الكَفالةُ بأَمر الْمَكفولِ عنه وبغَير أمرِه؛ لإطلاق قولِه ﷺ: «الزَّعيمُ غارِمٌ»[1].

ولأنه تَصرَّف في حقِّ نفسِه بالتِزام الْمُطالَبةِ، وفيه تَقويةُ الطّالبِ وإعانةُ الْمَطلوبِ، ولا ضرَرَ عليه بواسِطة الرُّجوعِ؛ لأنه بتَقدير الأمرِ بالكَفالة، وأمرُه بها دَليلُ رِضاه به.

كَفَل بأَمره: رَجَع بعدَما أدّى، وبغَيره لا.

فإن كَفَل بأَمره رَجَع بعدَما أدّى بما أدّى إذا أدّى ما ضَمِنه؛ لأنه أدّى دَينَه بأَمره، فيَرجِعُ عليه، وإن أدّى خِلافَه رَجَع بما ضَمِن لا بما أدّى، حتى لو كَفَل عن رَجُلٍ بدَراهِمَ جِيادٍ، وأَعطى الطّالبَ زُيوفًا: رَجَع بمِثْل ما ضَمِن على الأَصيل؛ لأن الكَفيلَ بأَداء الدَّينِ مَلَك ما في ذِمّته، فنزَل مَنزِلةَ الطّالبِ، كما لو مَلَكه بالهِبة.

وهِبةُ الدَّينِ لغَير مَن عليه الدَّينُ تَصِحُّ إذا سَلَّطه عليه، وهو مُسلَّطٌ عليه في الجُملة، أو يُجعَلُ ذلك نقلًا للدَّين منه مُقتضى الهِبةِ له، فتَصيرُ هِبةُ الدَّينِ لمن عليه الدَّينُ، وهو مُمكِنٌ؛ لأن له وِلايةَ نقلِ الدَّينِ إليه بإِحالة الدَّينِ عليه، فيَثبُتُ ذلك مُقتضى تَصرُّفِهما.

على أن الدَّينَ يَصيرُ دَينَين عندَ الضَّرورةِ، ولا صِحّةَ للهِبة إلا بجَعل الدَّينِ عليه، فجُعِل الدَّينُ عليه للضَّرورة، أو بالإرث، بأن مات الطّالبُ، فوَرِثه منه، وكما لو مَلَك الْمُحتالَ عليه في الحَوالة.

---

(1) تقدم تخريجه.

بخِلاف الْمَأمورِ بأَداء الدَّينِ؛ حيث يَرجِعُ بما أدّى؛ لأنه لم يَجِب عليه شيءٌ حتى يَملِكَه بالأَداء، بل كان مُقرِضًا، فيَرجِعُ بما أدّى.

وبخِلاف ما لو صالَح الكَفيلُ الطّالبَ عن الأَلف على خمسمِائةٍ؛ حيث يَرجِعُ بخَمسمِائةٍ؛ لأنه إسقاطٌ لبَعض الحقِّ، وليس بمُبادَلةٍ؛ إذ لو جُعِل مُبادَلةً لكان رِبًا، وإذا كان إسقاطًا فلا يَرجِعُ عليه بقَدْر السّاقطِ.

وإن كَفَل بغَير أمرِه: لا يَرجِعُ بشيءٍ، خِلافًا لمالِكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه مُتبرِّعٌ فيما أدّى، فلا يَملِكُ الرُّجوعَ.

وليس للكَفيل أن يُطالِبَ الْمَكفولَ عنه بالمال قبلَ أن يُؤدِّيَ عنه؛ لأنه لا يَملِكُه قبلَ الأداءِ، فلا يَرجِعُ حتى[1] يُؤدِّيَه؛ لأنه حينَئذٍ يَصيرُ به مُتملِّكًا ما في ذِمّة الأصيلِ.

فإن لُوزِم لازَمه، وإن حُبِس حَبَسه.

بخِلاف الوَكيلِ بالشِّراء؛ فإن له أن يَرجِعَ بالثَّمَن على الْمُوكِّل قبلَ أداءِ الثَّمنِ إلى البائِع؛ لأنه يَنعقِدُ بينَ الوَكيلِ والْمُوكِّلِ مُبادَلةٌ حُكميّةٌ بنَفس الشِّراءِ، حتى كان له وِلايةُ الحبسِ، فإن لُوزِم بالمال لازَم الْمَكفولَ عنه حتى يُخلِّصَه، وإن حُبِس حَبَسه أيضًا؛ لأنه الذي أدخَله في هذه العُهدةِ، فيَلزَمُه تَخليصُه.

وبَرِئ بأَداء الأصيل.

وبَرِئ الكَفيلُ بأَداء الأصيلِ وبإبراء الطّالبِ الأصيلَ؛ لأن بَراءتَه تُوجِبُ سُقوطَ الدَّينِ؛ إذ الدَّينُ على الأَصيل عندَنا، وعلى الكَفيل الْمُطالَبةُ به، وهي تابِعةٌ للدَّين، فكان من ضَرورة سُقوطِ الدَّينِ سُقوطُ الْمُطالَبةِ؛ إذ الْمُطالَبةُ بالدَّين ولا دَينَ: مُحالٌ.

---

(١) في (ب): قبل أن.

ولو أبرَأه، أو آخرُ: بَرِئ الكَفيلُ، وتَأخّر عنه، ولا يَنعكِسُ.

وكذا إذا أخَّر الطَّالبُ عن الأَصيل فهو تَأخيرٌ عن كَفيله، ولو أبرَأ الكَفيلَ بَرِئ هو لا الأصيلُ؛ لأن الثّابتَ على الكَفيل الْمُطالَبةُ، وهي فرعُ الدَّينِ، وسُقوطُ الفرعِ لا يُوجِبُ سُقوطَ الأصلِ، وإلا يَلزَمُ جعلُ التَّبَعِ أصلًا، والأصلِ تبَعًا.

وكذا لو أخَّر عن الكَفيل لم يكن تَأخيرًا عن الأَصيل؛ لأن التَّأخيرَ إبراءٌ مُؤقَّتٌ؛ لأنه يُسقِطُ الْمُطالَبةَ إلى غايةٍ، فيُعتبَرُ بالإبراء الْمُؤبَّدِ.

بخِلاف ما لو كَفَل بالمال الحالِّ مُؤجَّلًا إلى شهرٍ؛ فإنه يَتأجَّلُ عن الأَصيل؛ لأن التَّأجيلَ متى قارَن الكَفالةَ صار داخِلًا في نَفس المالِ؛ لأن حالَ وُجودَ الكَفالةِ لاحِقٌ يَقبلُ الأجَلَ سِوى الدَّينِ، فكان الأجَلُ داخِلًا في الدَّين، فيَتأجَّلُ الدَّينُ، وإذا صار الدَّينُ مُؤجَّلًا يَظهَرُ الأجَلُ في حقِّهما ضَرورةً.

وهنا بخِلافه؛ لأن تَأخيرَ الكَفيلِ بعدَما كَفَل حالًّا تَأخيرٌ للمُطالَبة عن الكَفيل؛ إذ الْمُلتزَمُ بالكَفالة الْمُطالَبةُ، فكان تَأخيرًا للمُلتزَم، فلا يَثبُتُ التَّأخيرُ في حقِّ الدَّينِ؛ لأنه لم يُذكَر في مَعرِض التَّأخيرِ، وثَمَّ ذُكِر الدَّينُ في مَعرِض التَّأجيلِ.

صالَح أحَدُهما ربَّ المالِ عن ألفٍ على نِصفه: بَرِئا.

فإن صالَح الكَفيلُ أو الأصيلُ ربَّ المالِ عن الأَلف على خَمسمائةٍ: بَرِئ الكَفيلُ والأصيلُ عن خَمسمِائةٍ؛ إذ الصُّلحُ أُضِيف إلى الأَلف، وهو دَينٌ واجِبٌ على الأَصيل، فيَبرأُ الأصيلُ، فيَبرأُ الكَفيلُ أيضًا ضَرورةً؛ لأن بَراءةَ الأصيلِ تُوجِبُ بَراءةَ الكَفيلِ.

وإذا أدّى الكَفيلُ خمسَمائةٍ رَجَع على الأَصيل بخَمسمِائةٍ أدّاها فقط إن كانت بأمره؛ لأن بالأداء يَملِكُ ما في ذِمّة الأصيلِ، فاستَوجَب الرُّجوعَ، وبالإبراء يَسقُطُ الدَّينُ،

فلا يَملِكُه الكَفيلُ، فلا يَرجِعُ، بخِلاف ما إذا صالَح على جِنسٍ آخرَ؛ حيث يَرجِعُ بكلِّ الألفِ؛ لأنه مُبادَلةٌ، فملَكَ ما في ذِمّة الأصيلِ، فيَرجِعُ بكلِّه عليه.

ولو صالَح الكَفيلُ عما استوجَب بالكَفالة لا يَبرأُ الأصيلُ؛ لأن ما استوجَب بالكَفالة الْمُطالَبةُ، فكان إبراءَ الكَفيلِ عن الْمُطالَبة، فلا يَبرأُ الأصيلُ.

(بَرِئتَ إليّ): للإيفاء.

ولو قال الْمَكفولُ له للكَفيل: (بَرِئتَ إليَّ من المال): فهو إقرارٌ منه بالإيفاء، أي إقرارٌ من الطّالِب بقَبض المالِ من الكَفيل، حتى يَرجِعُ الكَفيلُ على الأَصيل إذا كَفَل بأَمره؛ لأنه أسنَد البَراءةَ إلى الكَفيل وغَيّاها[1] إلى نَفسه بقَوله: (إليّ)، والبَراءةُ التي ابتِداؤُها من الكَفيل وانتِهاؤُها إلى الطّالِب لا تَكونُ إلا بالإيفاء، فكان هذا منه إقرارًا بالقَبض، فيَرجِعُ.

(بَرِئتَ)، و(أبرَأتُك): للإبراء.

وإن قال الطّالبُ للكَفيل: (أبرَأتُك): فهو إبراءٌ لا إقرارٌ منه بالقَبض من الكَفيل، حتى لا يَكونُ للكَفيل أن يَرجِعَ بالمال على الأَصيل؛ لأن الطّالبَ أسنَد البَراءةَ إلى نَفسه على الخُصوص، والبَراءةُ التي يختَصُّ بها الطّالبُ تكونُ بالإسقاط، فلا يَكونُ هذا إقرارًا بالقَبض، فلا يَرجِعُ، ويَأخُذُ الطّالبُ حقَّه من الأَصيل؛ لأن إبراءَ الكَفيلِ لا يُوجِبُ إبراءَ الأصيلِ.

وإن قال الطّالبُ للكَفيل: (بَرِئتَ)، ولم يَقُل: (إليّ): فهو إبراءٌ عندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنه يَحتمِلُ (بَرِئتَ لأنك أدّيتَ المالَ)، فكان إقرارًا بالقَبض، فيَرجِعُ، ويَحتمِلُ (بَرِئتَ لأني أبرَأتُك)، فلا يَرجِعُ بالشّكّ.

---

(١) في (هـ): وعناها.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هو إقرارٌ بالقَبض؛ لأنه أسنَد البَراءةَ إلى الكَفيل على الخُصوص، والبَراءةُ التي من الكَفيل على الخُصوص تكونُ بالإيفاء، فإنه إذا خَلّى بينَ الطّالبِ وبينَ المالِ تَحصُلُ البَراءةُ، وإن لم يُوجَد من الطّالب صُنعٌ.

وهذا كلُّه إذا غاب الطّالبُ، فإن كان حاضِرًا يُرجَعُ إليه: أنك قَبضتَ المالَ أو لم تَقبِض؛ لصُدور الإجمالِ منه.

بَطَل تَعليقُ البَراءةِ من الكَفالة بشرطٍ.

ولا يَصِحُّ تَعليقُ البَراءةِ من الكَفالة بالشَّرط؛ لأن في البَراءة مَعنى التَّمليكِ، كما في سائِر البَراءاتِ.

وهذا على قَول من يَقولُ بثُبوت الدَّينِ على الكَفيل ظاهِرٌ، وكذا على قَول غيرِه؛ لأن فيها تَمليكَ الْمُطالَبةِ، وهي كالدَّين؛ لأنه وَسيلةٌ إليه، والتَّمليكاتُ لا تَقبَلُ التَّعليقَ بالشَّرط.

وقِيل: يَصِحُّ؛ لأن الثّابتَ على الكَفيل الْمُطالَبةُ دونَ الدَّينِ في **الصَّحيح**، فكانت إسقاطًا محضًا، كالطَّلاق والعَتاقِ، ولهذا لا يَرتدُّ إبراءُ الكَفيلِ بالرَّدّ، ويَرتدُّ إبراءُ الأصيلِ بردِّه.

والكَفالةُ[1] بحدٍّ، وقِصاصٍ، ومَبيعٍ، ومَرهونٍ، وأمانةٍ.

وكلُّ حقٍّ لا يُمكِنُ استيفاؤه من الكَفيل لا تَصِحُّ الكَفالةُ به، كالحدِّ -وإن كان حدَّ القذفِ- والقِصاصِ؛ لأن الكَفالةَ إنما تَصِحُّ بمَضمونٍ تَجري النِّيابةُ في إيفائه، ولا تَجري النِّيابةُ في العُقوبات؛ لأن الغرَضَ من شَرعها زجرُ العاصِي عن الْمَعاصي، وهذا

(١) أي وبطلت الكفالة بحدٍّ..

لا يَتحقَّقُ إذا أُقِيم على غَير الجانِي.

وهذا إذا كَفَل بنفس الحدِّ، فلو كَفَل بنفس مَن عليه الحدُّ فقد سَبَق بَيانُه.

والعَينِ[1] المَضمونةِ بغَيره؛ لأنه مَضمونٌ بوجهٍ دونَ وجهٍ، فلا تَصِحُّ بالشَّكِّ، وهي كالمَبيع، حتى لو تكفَّل عن البائِع بالبَيع لم تَصِحَّ؛ لأنه عَينٌ[2] مَضمونٌ بغَيره، وهو الثَّمَنُ.

والمَرهونِ؛ فإنه مَضمونٌ بالدَّين، والأمانةِ؛ لأنها غيرُ مَضمونةٍ، وهي كالوَديعة، والمُستعارِ، ومالِ المُضارَبةِ، والشِّركةِ.

والمُستأجَرِ، وعندَ أبي يوسف ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: العَينُ في يَد الأجيرِ المُشترَكِ مَضمونٌ، فتَصِحُّ الكَفالةُ به عندَهما.

ولو كَفَل بتَسليم المَبيعِ قبلَ القبضِ، أو بتَسليم الرَّهنِ بعدَ القبضِ إلى الرّاهِن، أو بتَسليم المُستأجَرِ إلى المُستأجِر: يَصِحُّ؛ لأن التَّسليمَ مُستحَقٌّ على البائِع أو[3] المُرتهِنِ إذا قَبَض الثَّمَنَ أو الدَّينَ.

وكذا التَّسليمُ مُستحَقٌّ على المُؤْجِر.

وصحَّ لو ثَمَنًا، ومَغصوبًا(ف)، ونحوَه(ف).

وتَصِحُّ الكَفالةُ بالثَّمَن عن المُشتَري؛ لأنه دَينٌ واجِبٌ في الذِّمّة كسائِر الدُّيونِ، وبالعَين المَضمونةِ بنفسها، كالمَغصوب، والمَبيعِ بيعًا فاسِدًا، والمَقبوضِ على سَوم الشِّراءِ.

---

(١) معطوف على قوله كالحد.

(٢) في (ب) و(د): غير.

(٣) في (ج) و(هـ): و.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تَصِحُّ الكَفالةُ بالأعيان الْمَضمونةِ؛ لأن مِن شرطِ صِحّةِ الكَفالةَ قُدرةَ الكَفيلِ على الإيفاء من عنده، وذا يُتصوَّرُ في الدَّين لا في عَينٍ في يَد الغيرِ.

ولنا: أن الكَفالةَ: ضمُّ الذِّمّةِ إلى الذِّمّة في التِزام ما كان مَضمونًا على الأصيل، وردُّ العَينِ مَضمونٌ على الأَصيل، فصَحَّ الالتِزامُ من الكَفيل.

وحَمْلِ دابّةٍ مُعيَّنةٍ مُستأجَرةٍ، وخِدمةِ عبدٍ استُؤجِر للخِدمة.

ومن استأجَر دابّةً للحَمل.. فإن كانت بعَينها: لم تَصِحَّ الكَفالةُ بالحَمل؛ لأن الْمُستحَقَّ تَسليمُ الدّابّةِ، وهو عاجِزٌ عنه؛ لأنها مِلكُ الغَيرِ، وإن كانت بغَير عَينِها: صَحَّت الكَفالةُ؛ لأن الْمُستحَقَّ هو الحملُ، ويُمكِنُه الحملُ على دابّة نفسِه.

وكذا من استأجَر عبدًا للخِدمة، فكَفَل له رَجُلٌ بخِدمته: لا تَصِحُّ؛ لِما مرّ.

وبلا قَبول(س) الطّالبِ في الْمَجلِس.

ولا تَصِحُّ الكَفالةُ بالنَّفس أو بالمال إلا بقَبول الطّالبِ في مَجلِس العقدِ عند أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، خِلافًا لأبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ فيهما، واختلَفوا على قَوله، فقِيل: عندَه: تَجوزُ بوَصف التَّوقُّفِ، حتى لو رَضِي به الطّالبُ تَنفُذُ، وإلا تَبطُلُ، وقِيل: جائِزٌ عندَه بوَصف النَّفاذِ.

ورِضا الطّالبِ ليس بشرطٍ عندَه، وهو الأصَحّ؛ لأنه تَصرُّفُ التِزامٍ من الكَفيل، ولا إلزامَ فيه على الغَير، فيَتِمُّ بالْمُلتزِم وحدَه، كالإقرار، ولهذا تَصِحُّ[1] مع الجَهالةِ.

ومن جَعَل الخِلافَ في التَّوقُّف جَعَله فرعًا للفُضُوليِّ في النّكاح إذا تَزوَّج امرأةً، وليس عنها قابِلٌ.. يَتوقَّفُ عندَه على إجازتها فيما وراءَ الْمَجلِسِ، كأنه جَعَل قولَه:

---

(١) في (ج): لا تصح.

(كَفَلتُ لفُلانٍ عن فُلانٍ بكذا) عقدًا تامًّا، لكنه تَصرُّفٌ للغَير، فيَتوقَّفُ على رِضاه.

وعندَهما: لا يَتوقَّفُ؛ لأنه شطرُ العقدِ، فلا يَتوقَّفُ على ما وراءَ الْمَجلِسِ؛ وهذا لأنه عقدُ تَمليكٍ، على مَعنى: أن الْمُطالَبَةَ لم تكن مَملوكةً له، ومَلَكها بعَقد الكَفالةِ، والتَّمليكُ يقومُ بالشَّطرَين، فكان كَلامُ الواحِدِ شطرَ العقدِ.

وشطرُ العقدِ لا يَتوقَّفُ على ما وراءَ الْمَجلِسِ إلا في مسألةٍ واحِدةٍ، وهو أن يَقولَ الْمَريضُ لوَرَثته أو لبَعضهم: (تكفَّلوا عنِّي بما عليَّ من الدَّين لغُرَمائي)، فضَمِنوا به مع غَيبةِ الغُرَماءِ، فإنه جائزٌ استِحسانًا، وإن كان القِياسُ على قَولهما: أن لا يَجوزَ؛ لأن الطّالبَ غيرُ حاضِرٍ، فلا يَتِمُّ الضَّمانُ إلا بقَبوله.

ولأن الصَّحيحَ لو قال هذا لوَرَثته أو لغَيرهم: لم يَصِحَّ إذا ضَمِنوه، فكذا الْمَريضُ؛ لأنه[1] إنما يَصِحُّ بطَريق الوَصِيّةِ منه لوَرَثته بأن يَقضوا دَينَه، ولهذا يَصِحُّ وإن لم يُسَمِّ الْمَريضُ الدَّينَ وربَّ الدَّينِ؛ لأن الجَهالةَ لا تَمنَعُ صِحّةَ الوَصِيّةِ، ولهذا قالُوا: إنما تَصِحُّ إذا كان له مالٌ.

ولأن الْمَريضَ في هذا الخِطابِ لوَرَثته قام مَقامَ الطّالبِ لحاجَته إليه؛ تَفريغًا لذِمّته بقَضاء الدَّينِ من تَركته، وفيه نفعُ الطّالبِ[2]، كما لو حَضَر الطّالبُ بنفسه.

وإنما صَحَّ بمُجرَّد الطَّلَبِ بلا تَجديد القَبولِ: لأن قولَه: (تكفَّلوا عنِّي) في هذه الحالةِ لا يُرادُ به الْمُساوَمةُ[3]، وإنما يُرادُ به تَحقيقُ الكَفالةِ، فصار كالأَمر بالنِّكاح، فإنه إذا قالت: (زَوِّجني)، فقال: (زَوَّجتُكِ): لا يُشترَطُ القَبولُ، ويُجعَلُ الأمرُ منها تَحقيقًا

(١) في (ج): لكنه.

(٢) في (هـ) بعد هذا: فتصح.

(٣) في (ب): المشاورة. وانظر «الهداية» ٣/ ٩٣.

لا مَشورةً، وفيما إذا قال الْمَريضُ ذلك لأجنَبيٍّ، فضَمِن الأجنَبيُّ دَينَه بالتِماسه.. فقِيل: لا يَجوزُ؛ لأن الأجنَبيَّ غيرُ مُطالَبٍ بقَضاء دَينِه بدون الالتِزامِ، فكان الْمَريضُ في حقِّه والصَّحيحُ سَواءً.

وقِيل: يَصِحُّ هذا الضَّمانُ؛ لأن الْمَريضَ قَصَد به النَّظَرَ لنَفسه، والأجنَبيُّ إذا قَضى دَينَه بأَمره يَرجِعُ به في تَرِكته، فيَصِحُّ هذا من الْمَريض على أن يُجعَلَ قائِمًا مَقامَ الطّالبِ لِيَضيقَ الحالُ عليه؛ لكَونه على شَرَف الهَلاكِ، ومِثْلُ ذلك لا يُوجَدُ من الصَّحيح، فيُؤخَذُ فيه بالقِياس.

وعن ميْتٍ مُفلِسٍ(س م)[1]، إلا إن تكَفَّل وارثُ المريض عنه.

ولا تَصِحُّ الكَفالةُ عن ميْتٍ مُفلِسٍ، أي: إذا مات الْمَديونُ مُفلِسًا، فتكفَّل رَجُلٌ عنه للغُرَماء: لم يَصِحَّ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَهما: يَصِحُّ؛ لأنه كَفَل بدَينٍ واجِبٍ، فيَصِحُّ كما في حال حَياتِه؛ وهذا لأن الدَّينَ كان واجِبًا عليه في حَياته، فلا يَسقُطُ إلا بالإيفاء، أو الإبراءِ، أو انفِساخِ سبَبِ الوُجوبِ، وبالْمَوت لم يَتحقَّق شيءٌ من ذلك، ولهذا يُؤاخَذُ به في الآخِرة.

ولو تَبرَّع إنسانٌ بقَضائه[2] جاز التَّبرُّعُ عن الْمَيْت، ولو بَرِئَ لَمَا حَلَّ لصاحِبه الأخذُ من الْمُتبرِّع.

ولو كان بالدَّين كَفيلٌ: بَقِي على كَفالته، ولو سَقَط الدَّينُ بالْمَوت لَسقَطَ[3] عن

---

(١) الْمُفلِس: هو من لم يبق له مال، ويقابله المليُّ والغني. «التعريفات الفقهية» ص٢١٣.

الْمُفَلَّس: من التفليس، هو رجل حكم القاضي بإفلاسه، ويقابله المليء أي الغني. «الدستور» ٣/ ٢١٣.

(٢) في (ج) و(د): بقضاء دينه.

(٣) في سوى (أ) و(د): يسقط.

الكَفيل؛ لأن سُقوطَ الدَّينِ عن الأَصيل يُوجِبُ بَراءةَ الكَفيلِ.

وله: أنه كَفَل بدَينٍ ساقِطٍ، فلا يَصِحُّ؛ إذ الكَفالةُ بالدَّين ولا دَينَ: مُحالٌ؛ وهذا لأن الدَّينَ في الحَقيقة فِعلٌ، ولهذا يُوصَفُ بالوُجوب، والأفعالُ تُوصَفُ[1] بالوُجوب، وكان يَجِبُ عليه في حَياته تَمليكُ طائِفةٍ من ماله لغَريمه، وبعدَما مات لا يُتصوَّرُ ذلك منه، فيَستحيلُ بَقاؤُه.

وإنما أُلحِق الدَّينُ بالمال في حقِّ بعضِ الأحكامِ، كوُجوب الزَّكاةِ وغيرِه: لأنه يَؤولُ إليه في الْمَآل بواسِطة الإيفاءِ، وقد عَجَز عنه بنَفسه وبخَلَفه أي كَفيلِه، ففات عاقِبةُ الاستِيفاءِ، فسَقَط في حقِّ أحكامِ الدُّنيا ضَرورةً.

وإذا كان به كَفيلٌ فخَلَفُه باقٍ، وكذا إذا كان له مالٌ فما يُفضِي إلى الأَداء باقٍ؛ لأنه يُستوفى من المال، فيُجعَلُ باقِيًا في حقِّ أحكامِ الدُّنيا، وإذا تَبرَّع به غيرُه صَحّ؛ لأن صِحّةَ تَمليكِ المالِ لا تَتعلَّقُ بوُجود الدَّينِ.

على أن صِحّةَ التَّبرُّعِ بِناءً على أن الدَّينَ باقٍ في حقِّ صاحِبِ الدَّينِ؛ لأن سُقوطَه عن الْمَديون للضَّرورة، فيَتقدَّرُ بقَدْر الضَّرورةِ، فيَظهَرُ في حقِّ مَن عليه دون من له.

وبالثَّمَن للمُوكِّل[2]، وربِّ المالِ، وشَريكِه ببَيع عبدٍ صَفْقةً.

ولا تَصِحُّ الكَفالةُ بالثَّمَن للمُوكِّل[3] وربِّ المالِ، أي إذا باع رَجُلٌ لرَجُلٍ ثَوبًا بأَمره، ثم ضَمِن الثَّمَنَ عن الْمُشتَري للآمِر، أو باع الْمُضارِبُ مالَ الْمُضارَبةِ، ثم ضَمِن الثَّمَنَ لربِّ المالِ: لا يَصِحُّ؛ لأن حقَّ القبضِ للوَكيل والْمُضارِبِ،..............

---

(١) في (ب): لا توصف.

(٢) في (م) و(ف): عن الموكل.

(٣) في (هـ): عن الموكل.

ولهذا لا[1] يَبطُلُ بمَوت الْمُوكِّلِ، حتى لو مات الْمُوكِّلُ كان له أن يَقبِضَ الثَّمَنَ.

وكذا لو نَهاه الْمُوكِّلُ عن قَبض الثَّمَنِ حالَ حَياتِه لا يَعمَلُ نهيُه، فلو صَحَّ الضَّمانُ لصار ضامِنًا لنَفسه، وإنه لا يَجوزُ.

بخِلاف الْمَأمورِ ببَيع الغَنائمِ من جِهة الإمامِ إذا ضَمِن الثَّمَنَ عن الْمُشتَري؛ حيث يَصِحُّ ضَمانُه.

وبخِلاف الوَكيلِ بالنِّكاح إذا ضَمِن المهرَ للمَرأة عن الزَّوج؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما سَفيرٌ ومُعبِّرٌ، حتى لو نَهاه الإمامُ عن قَبض الثَّمَنِ صَحَّ نهيُه، والرَّسولُ في باب البيعِ إذا باع وضَمِن الثَّمَنَ عن الْمُشتَري للمُرسِل: صَحَّ الضَّمانُ.

ولأنهما أَمينان في الثَّمَن في الشَّرع، فاشتِراطُ الضَّمانِ عليهما إبطالٌ لحُكم[2] الشَّرعِ، فيُرَدُّ، كالْمُودَعِ أو الْمُستعيرِ يَضمَنُ للمُودِعِ أو الْمُعيرِ.

وكذا رَجُلان باعا عبدًا من رَجُلٍ صَفْقةً واحِدةً، فضَمِن أحَدُهما لصاحِبه حِصّتَه من الثَّمَن: بَطَلَ الضَّمانُ؛ لأن الصَّفْقةَ إذا كانت مُتَّحِدةً فالثَّمَنُ يَجِبُ لهما مُشتركًا بينَهما، فلو صَحَّ ضَمانُ أحَدِهما لصاحِبه بنِصفه شائِعًا يَصيرُ ضامِنًا لنَفسه، وهو باطِلٌ؛ وهذا لأنه ما من جُزءٍ يُؤَدِّيه إلا وهو مُشترَكٌ بينَهما، فكان الضَّمانُ مُتناوِلًا جُزءًا مُشتركًا ضَرورةً.

ولو صَحَّ في نَصيب شَريكِه خاصّةً يُؤَدِّي إلى قِسمة الدَّينِ قبلَ القبضِ، وهو باطِلٌ؛ لأن القِسمةَ عِبارةٌ عن الإفراز والحِيازةِ، وهو أن يَصيرَ حقُّ كلِّ واحِدٍ منهما مُفرَزًا في حيِّزٍ على حِدَةٍ،.........

---

(١) سقطت من (ج).

(٢) في (ج) و(د): بحكم.

وذا يُتصوَّرُ[1] في العَين؛ إذ الفِعلُ الحِسِّيُّ يَستَدعي محَلًّا حِسِّيًّا، دونَ الدَّينِ؛ لأنه شَرعِيٌّ، ولأنه قبلَ القبضِ فِعلٌ، والفِعلُ لا يَحتمِلُ القِسمةَ.

وإن باعا العبدَ صَفْقتَين، بأن باع كلُّ واحِدٍ منهما نِصفَه[2] بعقدٍ على حِدَةٍ، ثم ضَمِن أحَدُهما لصاحِبه حِصّتَه من الثَّمَن: صَحَّ الضَّمانُ؛ لأن الصَّفْقةَ إذا تَعدَّدت فما يَجِبُ لكلِّ واحِدٍ منهما بعَقده يَكونُ له خاصّةً بلا شِرْكةٍ؛ ألا تَرى أن الْمُشتريَ لو قَبِل نَصيبَ أحَدِهما، ورَدَّ[3] نَصيبَ الآخَرِ: صَحّ، ولو قَبِل الكلَّ ثم نَقَد حِصّةَ أحَدِهما: مَلَك قبضَ نَصيبِه، فلو صَحَّ الضَّمانُ من أحَدهما لا يَصيرُ ضامِنًا لنَفسه بوجهٍ.

وبالعُهدة[4]، والخَلاصِ[5]، ومالِ الكِتابةِ.

ومن اشتَرى عبدًا، فضَمِن له رَجُلٌ بالعُهدة: بَطَل الضَّمانُ؛ لأن العُهدةَ اسمٌ مُشترَكٌ قد يَقَعُ على الصَّكِّ القَديمِ؛ لأنه وَثيقةٌ بمَنزِلة كِتابِ العهدِ، وهو مِلكُ البائِع وفي يَده، ولا يَلزَمُه التَّسليمُ إلى أحدٍ، فإذا ضَمِن تَسليمَه إلى الْمُشتَري فقد ضَمِن ما لا يُمكِنُه الوَفاءُ به، فلا يَصِحُّ ضَمانُه.

---

(١) في (هـ): وذا لا يتصور.

(٢) في (ج): نصيبه.

(٣) في (د): أو ورد.

(٤) في الأمر عهدة: أي مرجع للإصلاح، فإنه لم يحكم بعد، فصاحبه يرجع إليه لإحكامه، وقولهم عهدته عليه من ذلك: لأن المشتري يرجع على البائع بما يدركه، وتسمى وثيقة المتبايعين عهدة: لأنه يرجع إليها عند الالتباس. «المصباح» ٢/ ٤٣٥.

(٥) ضمان الخلاص: عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه.

وهذا معناه عند الإمام أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ، وعند صاحبيه: بمنزلة الدرك، وهو تسليم المبيع أو قيمته. وانظر «الهداية» ٣/ ٩٦.

وعلى **العَقد**؛ لأنها أُخِذت من العَهد، والعهدُ والعقدُ سَواءٌ.

وعلى **حُقوق العقدِ**؛ لأنها من ثَمَرات العقدِ.

وعلى **الدَّرَك**، وعلى **خِيار الشَّرطِ**، ففي الحَديث: «عُهدةُ الرَّقيقِ[1] ثَلاثةُ أيّامٍ»[2]، أي: خِيارُ الشَّرطِ، فتَعذَّر العمَلُ بها قبلَ البَيانِ، فبَطَل الضَّمانُ؛ للجَهالة، بخِلاف الدَّرَكِ؛ فإن ضَمانَه صَحيحٌ اتِّفاقًا؛ لأن ضَمانَ الدَّرَكِ ضَمانُ الثَّمَنِ عندَ وُرودِ الاستِحقاقِ هو[3] الْمَفهومُ فيما بينَ النّاسِ، فكان الْمَضمونُ مَعلومًا، وهو قادِرٌ على الوَفاء بما التَزَم، فصَحّ.

فإن قِيل: يَنبَغي أن يُصرَفَ إلى ما يَصِحُّ الضَّمانُ به، وهو الدَّرَكُ؛ تَصحيحًا للضَّمان.

قُلنا: فَراغُ الذِّمّةِ أصلٌ، فلا يَثبُتُ الشُّغلُ بالشَّكِّ والاحتِمالِ.

---

(١) قال الخطابي في «معالم السنن» ٣/ ١٤٦: معنى عهدة الرقيق: أن يشتري العبد أو الجارية ولا يشترط البائع البراءة من العيب، فما أصاب المشتري من عيب في الأيام الثلاثة لم يرد إلا ببينة، وهكذا فسره قتادة فيما ذكره أبو داود عنه.

قال الشيخ: وإلى هذا ذهب مالك بن أنس، وقال: هذا إذا لم يشترط البائع البراءة من العيب، قال: وعهدة السَّنَة من الجنون والجذام والبرص، فإذا مضت السنة فقد برئ البائع من العهدة كلها، قال: ولا عهدة إلا في الرقيق خاصة، وهذا قول أهل المدينة ابن المسيب والزهري، أعني عهدة السنة في كل داء عضال أي صعب، وكان الشافعي لا يعتبر الثلاث والسنة في شيء منها، وينظر إلى العيب، فإن كان مما يحدث مثله في مثل المدة التي اشتراه فيها إلى وقت الخصومة فالقول قول البائع مع يمينه، وإن كان لا يمكن حدوثه في تلك المدة رده على البائع، وضعف أحمد بن حنبل عهدة الثلاث في الرقيق، وقال: لا يثبت في العهدة حديث، وقالوا: لم يسمع الحسن من عقبة بن عامر شيئًا، والحديث مشكوك فيه، فمرة قال عن سمرة ومرة قال عن عقبة. انتهى.

(٢) رواه الإمام أحمد (١٧٣٨٥)، وأبو داود (٣٥٥٦)، وابن ماجه (٢٢٤٤).

(٣) في (ب) و(ج): وهو.

وقِيل: ضَمانُ العُهدةِ عندَ أبي يوسف ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ ضَمانُ الدَّرَكِ[1]، فكانت الْمَسألةُ على الخِلاف على هذا القولِ.

وإن ضَمِن الخَلاصَ بَطَل أيضًا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ؛ لأن تَفسيرَه عندَه: تَخليصُ الْمَبيعِ عن الْمُستحِقِّ وتَسليمُه إلى الْمُشتَري لا مَحالةَ، وهو باطِلٌ؛ لأنه ضَمِن ما لا يُقدَرُ على الوَفاء به.

ولو ضَمِن[2] تَخليصَ الْمَبيعِ أو ردَّ الثَّمَنِ: صَحَّ الضَّمانُ؛ لأنه مما يُمكِنُه الوَفاءُ به، وهو تَسليمُ الْمَبيعِ إن أَجاز الْمُستحِقُّ، وردُّ الثَّمَنِ إن لم يُجِز الْمُستحِقُّ.

وصَحَّ عندَهما؛ لأن ضَمانَ الخَلاصِ عندَهما مُفسَّرٌ بضَمان الثَّمَنِ إن عَجَز عن تَسليم العَينِ بوُرود الاستِحقاقِ، وهذا كالدَّرَك.

ولا تَصِحُّ الكَفالةُ بمال الكِتابةِ، حُرٌّ تكفَّل به أو عبدٌ؛ لِما مَرَّ، ووجهٍ آخرَ وهو: أن للعَبد أن يُعجِّزَ نفسَه في كلِّ وقتٍ، وإذا عَجَّز نفسَه سَقَط مالُ الكِتابةِ، فلو صَحَّت الكَفالةُ به على هذا الوجهِ لَمَا حَصَل الْمَقصودُ، وهو الاستِيثاقُ؛ لأن للكَفيل أن يَقولَ في كلِّ وقتٍ: (أنا عاجِزٌ)، ولأنه حينَئذٍ يَكونُ مُخيَّرًا بينَ أن يُؤدِّيَ وبينَ أن لا يُؤدِّيَ، وقد كان له هذا الخِيارُ قبلَ الكَفالةِ، فلم تُفِد الكَفالةُ فائِدتَها.

ولو صَحَّت مُطلَقةً لبَطَل مَعنى الضَّمِّ؛ إذ مِن شرطِه الاتِّحادُ؛ إذ الضَّمُّ لا يَتحقَّقُ بينَ الْمُختلِفَين، ولأن ما على الكَفيل تَبَعٌ لِما على الأَصيل، وجَوازُه بهذا الطَّريقِ يَتضمَّنُ تَرجيحَ التَّبَعِ على الأَصل.

---

(١) في (ب): وقيل ضمان العهدة عند أبي يوسف وضمان الدرك عند محمد، وفي (هـ): وقيل ضمان العهدة عند أبي حنيفة ومحمد رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

(٢) في (ب): ولو صح.

وبَدَلُ السِّعايةِ كبَدَل الكِتابةِ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، فلا تَصِحُّ كَفالةُ أحدٍ عنه؛ لأنه كالمُكاتَب عندَه، وعندَهما: هو حُرٌّ عليه دَينٌ، فتَصِحُّ الكَفالةُ به.

أَعطى الْمَطلوبُ الكَفيلَ قبلَ أن يُعطِيَ الطّالبَ: لا يَستردُّ، وما رَبِح الكَفيلُ: له، ونُدِب(س م) ردُّه على الْمَطلوب لو شيئًا يَتعيَّنُ.

ومن كَفَل عن رَجُلٍ بألفٍ، فأَعطى الْمَطلوبُ الكَفيلَ ما ضَمِن قبلَ أن يُعطيَ الكَفيلُ الطّالبَ المالَ: لا يَستردُّ الْمَطلوبُ ذلك المالَ من الكَفيل؛ لأن ذلك صار حقًّا للقابِض على احتِمالِ أن يُؤدِّيَ الدَّينَ بنفسه، فما لم يَنقطِع هذا الاحتِمالُ فليس له أن يَرجِعَ، وإنما يَنقطِعُ هذا الاحتِمالُ بأَداء الأَصيلِ بنفسه.

فإذا أدّى بنَفسه يَستردُّ من الكَفيل ما أَخذ، وهذا كمن عَجَّل زَكاةَ مالِه ودَفَعها إلى السّاعي، أو اشتَرى شيئًا بشَرط الخِيارِ، ثم نَقَد الثَّمنَ قبلَ مُضِيِّ الخِيارِ، ثم أَراد[1] أن يَستردَّ قبلَ نقضِ البيعِ: لا يَملِكُ؛ لأن الدَّفعَ كان لغَرضٍ[2]، وهو أن يَصيرَ زَكاةً وثَمنًا عندَ مُضِيِّ الحولِ وسُقوطِ الخِيارِ، فما بَقِي ذلك الاحتِمالُ ليس له أن يَستردَّ.

ولأنه مَلَكه بالقَبض؛ لأن الْمَطلوبَ دفعُ المالِ إليه على وَجه الاقتِضاءِ، بأن قال له: (إني لا آمَنُ أن يَأْخُذَ منك الطّالبُ حقَّه، فأنا أقضِيك المالَ قبلَ أن تُؤدِّيَه).

بخِلاف ما إذا كان الدَّفعُ على وَجه الرِّسالةِ، بأن قال الْمَطلوبُ للكَفيل: (خُذ هذا المالَ وادفَعه إلى الطّالِب)؛ حيث لا يَصيرُ الْمُؤدّى مِلكًا للكَفيل، بل هو أمانةٌ في يَده، ولكن لا يَكونُ للمَطلوب أن يَستردَّه من يَد الكَفيلِ؛ لأنه تَعلَّق بالْمُؤدّى حقُّ الطّالبِ، فالْمَطلوبُ بالاستِرداد يُريدُ إبطالَ ذلك، فلا يَقدِرُ عليه.

---

(١) في (ج): ثم إذا أراد.

(٢) في (أ) و(د): لعرض، وفي (ج): بعرض، وفي (هـ): بعوض.

وإن رَبِح الكَفيلُ فيه: فهو له؛ لأنه مَلَكه حينَ قَبَضه، فالرِّبحُ حَصَل على مِلكه، فيَطيبُ له، ولا يَتصدَّقُ[1] به.

أما إذا قَضى الكَفيلُ الدَّينَ: فظاهِرٌ، لأنه قَبَض ما هو واجِبٌ له عليه، فيَملِكُه من حينَ قَبَض، وكذا إذا قَضى الْمَطلوبُ بنفسه، وثَبَت له حقُّ الاستِردادِ؛ لأن الكَفالةَ متى كانت بأمرٍ يَستوجِبُ الكَفيلُ دينًا في ذِمّة الْمَكفولِ عنه، لكنه مُؤجَّلٌ إلى غاية القَضاءِ، ولهذا قُلنا: إن الْمَكفولَ عنه إذا رَهَن عَينًا عندَ الكَفيلِ بذلك الدَّينِ يَصِحُّ، ولا رهنَ إلا بالدَّين.

ولو أبرَأ الكَفيلُ الأصيلَ قبلَ الأداءِ إلى الطّالِب من الدَّين، أو وَهَبه منه: يَصِحُّ[2]، حتى لا يَرجِعُ الكَفيلُ[3] على الأصيل بعدَ الأداءِ.

وإذا كان تَأخيرُ الْمُطالَبةِ إلى وَقت الأداءِ بحُكم الأجَلِ: فيَملِكُه بالاستِعجال، كسائِرِ الدُّيونِ الْمُؤجَّلةِ إذا عَجَّلها الْمَديونُ، إلا أن فيه نوعَ خُبثٍ؛ لِما يَأتي بعدَه، فلا يَعمَلُ مع الْمِلكِ فيما لا يَتعيَّنُ؛ لِما سَبَق في البُيوع.

وإن كانت الكَفالةُ بكُرِّ بُرٍّ، فقَبَضه الكَفيلُ من الْمَكفول عنه، وباعه ورَبِح فيه: فالرِّبحُ له في الحُكم؛ لِما مَرَّ أنه مِلكُه.

ويُستحَبُّ له أن يَرُدَّ الرِّبحَ على المالِك، أي: الْمَكفولِ عنه، ولا يُجبَرُ عليه في الحُكم، وهذا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعندَهما: هو له، ولا يَرُدُّه على الذي قَضاه، وهو رِوايةٌ عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعنه: أنه يَتصدَّق به.

---

(١) في (هـ): ويتصدق.

(٢) في (ب): ولو وهبه له لم يصح.

(٣) مثبتة من (ج).

لهما: أنه رَبِح في مِلكه؛ لأن البرَّ صار مِلكًا له بالقَبض؛ لأنه اقتَضى من الْمَكفول عنه دَينَه الْمُؤجَّلَ، فيَطيبُ له الرِّبحُ، كما لو اقتَضى صاحِبُ الدَّينِ دَينَه الْمُؤجَّلَ(١) ورَبِح فيه.

وله: أنه تَمكَّن الخُبثُ مع الْمِلكِ فيما يَتعيَّنُ، فيَرُدُّه عليه أو يَتصدَّقُ به؛ وهذا لأن اقتِضاءَه قاصِرٌ غيرُ خالٍ عن الشُّبهة؛ لأن الْمَكفولَ عنه بسَبيلٍ من أن يَقضِيَه(٢) بنَفسه، فيَستردَّ منه عَينَ(٣) ما أَعطاه.

ولأن الاقتِضاءَ بُني على قِيام الْمُطالَبةِ دونَ حَقيقةِ الدَّينِ، فتَمكَّنت الشُّبهةُ في الاقتِضاء، فكان الْمِلكُ قاصِرًا، ولو كان الْمِلكُ صَحيحًا من كلِّ وجهٍ لا يُؤمَرُ بالتَّصدُّق والرَّدِّ، لا إيجابًا ولا استِحبابًا، فإذا كان صَحيحًا من وجهٍ فاسِدًا من وجهٍ أمَرناه بالتَّصدُّق أو بالرَّدِّ على المالِك؛ لأن الخُبثَ لَحِقه استِحبابًا لا إيجابًا؛ تَوفيرًا على الشَّبهَين حظَّهما.

وأما إذا أَعطاه على وَجه الرِّسالةِ، فتَصرَّف فيه الوَكيلُ(٤) ورَبِح: لم يَطِب له الرِّبحُ، سَواءٌ كان ثَمنًا أو ممّا يَتعيَّنُ؛ لأنه مُودَعٌ، والْمُودَعُ إذا تَصرَّف في الوَديعة ورَبِح لم يَطِب له الرِّبحُ عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَااللَّهُ، وطاب له عندَ أبي يوسف رَحِمَهُاللَّهُ؛ لِما عُرِف.

أَمَر كَفيلَه أن يَتعيَّنَ(٥) عليه حَريرًا، ففَعَل: فالشِّراءُ للكَفيل، والرِّبحُ عليه.

---

(١) في حاشية (ج): المعجل.

(٢) في (هـ): يقتضيه.

(٣) في (ب): غير.

(٤) في (ج): الكفيل.

(٥) العِينة بالكسر: السلف، واعتان الرجل: اشترى الشيء بالشيء نسيئة. «المصباح» ٢/ ٤٤٠.

ومن كَفَل عن رَجُلٍ بألفٍ بأمره، فأمَر الْمَكفولُ عنه الكَفيلَ أن يَتعيَّنَ عليه حَريرًا، ففَعَل الكَفيلُ: فالشِّراءُ للكَفيل، والرِّبحُ الذي رَبِحه البائعُ عليه.

وتَفسيرُ الْمَسألةِ: أن الْمَكفولَ عنه أمَر الكَفيلَ ببَيع العِينةِ، وهو مَكروهٌ؛ لِما فيه من الإعراض عن مَبرّة الإقراضِ، وقِيل: إيّاك والعِينةَ فإنها لَعينةٌ، وهو مُختَرَعُ أكَلة الربا، وقد قال عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «إذا تَبايعتُم بالعَين، واتَّبعتُم أذنابَ البقرِ.. ذَلَلتُم، وظَهَر عليكم عدُوُّكم»[1].

والْمُرادُ باتِّباع أذنابِ البقَرِ: الاشتِغالُ بالزِّراعة والإقبالُ عليها، وبالعِينة: أن يَأتيَ الْمُحتاجُ إلى رَجُلٍ يَستقرِضُ منه عشَرةَ دَراهِمَ، فلا يَرغَبُ الْمُقرِضُ في الإقراض طمَعًا في إصابة الفضلِ الذي لا يَنالُه بالقَرض، فيَقولَ له: (أبيعُك هذا الثَّوبُ -وقِيمتُه عشَرةٌ- باثنَي عشَرَ إلى أجَلٍ لتَبيعَه في السُّوق بعشَرةٍ، فيَحصُلَ لي رِبحُ دِرهَمَين).

وسُمِّي عِينةً: لأن الْمُقرِضَ أعرَض عن القَرض إلى بَيع العَينِ.

فإذا ثبَت هذا فنَقولُ: الشِّراءُ يَقَعُ للكَفيل؛ لأن الكَفيلَ لم يَصِر وَكيلًا عنه بالشِّراء؛ لأنه لم يَقُل: (تَعيَّنْ لي حَريرًا)، وإنما قال: (تَعيَّنْ عليّ)، وهي كَلِمةُ ضَمانٍ لا كَلِمةُ تَوكيلٍ.

---

(١) رواه بلفظ قريب: الإمام أحمد (٤٨٢٥) و(٥٠٠٧)، وأبو داود (٣٤٦٢)، والبزار (٥٨٨٧)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ١٦.

وروايات الإمام أحمد متعددة، منها: «إذا -يعني ضن الناس بالدينار والدرهم- تبايعوا بالعين، واتبعوا أذناب البقر، وتركوا الجهاد في سبيل الله، أنزل الله بهم بلاء، فلم يرفعه عنهم حتى يراجعوا دينهم».

ولفظ أبي داود: «إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر، ورضيتم بالزرع، وتركتم الجهاد: سلط الله عليكم ذلًا لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم».

ولفظ البزار: «إذا تبايعتم بالعينة، وأخذتم أذناب البقر، وتركتم الجهاد: سلط الله عليكم ذُلًا لا ينزعه حتى ترجعوا إلى دينكم».

ومَعنى الضَّمانِ هنا: أن يَقولَ الْمَديونُ للضّامِن: (اشترِ لي ثوبًا لتَبيعَه في السُّوق، فتَقضيَ بثَمَنه الدَّينَ، فإن أمكَنك أن تَبيعَ الثَّوبَ بمِثل ما ابتَعْته فبها ونِعمت، وإن لم يكن ذلك إلا بالخُسران فذاك عليّ).

غيرَ أن هذا الضَّمانَ باطِلٌ؛ لأن الضَّمانَ إنما يَصِحُّ بما هو مَضمونٌ على غَيره، وخُسرانُ دِرهَمَين غيرُ مَضمونٍ على أحدٍ، فبَطَل ضَمانُه، كمن يَقولُ لآخرَ: (بايِعْ في هذا السُّوقِ على أن كلَّ وَضيعةٍ وخُسرانٍ يُصيبُك فأنا له ضامِنٌ).

وقِيل: هو تَوكيلٌ؛ لأنه أخرَج الكَلامَ مَخرَجَ الوَكالةِ، ولهذا ذُكِر في بَعض النُّسَخِ: (تَعيَّنْ لي حَريرًا) مَكانَ (عليّ)، لكنِ التَّوكيلُ لا يَصِحُّ؛ للجَهالة إذا[1] لم يُبيِّن نوعَ الحَريرِ ولا مِقدارَ الثَّمَنِ؛ إذ الزِّيادةُ على مِقدار قِيمةِ الحَريرِ مَجهولةٌ، فكيفما كان فالشِّراءُ للكَفيل، والرِّبحُ الذي رَبِحه بائِعُ الثَّوبِ على الكَفيل؛ لأن الشِّراءَ لَمّا وَقَع للكَفيل[2] كان الفضلُ على قِيمة الثَّوبِ على الكَفيل.

ضَمِن له ما ذاب له عليه، أو ما قُضِي، أو ما لَزِم، فغاب الْمَطلوبُ، فبَرْهَن أن له عليه ألفًا: لم يُقبَل، ولو أقَرَّ لا يَلزَمُ.

وإن ضَمِن رَجُلٌ عن رَجُلٍ لرَجُلٍ بما ذاب له عليه، أو بما قُضِي له عليه، أو بما لَزِمه له[3]، ثم غاب الْمَطلوبُ، فبَرْهَن الطّالبُ على الكَفيل أن له على الْمَكفول عنه ألفَ دِرهَمٍ: لم تُقبَل بَيِّنتُه على الكَفيل حتى يَحضُرَ الْمَكفولُ عنه فيُقضى عليه؛ لأن شرطَ وُجوبِ المالِ على الكَفيل القَضاءُ بالمال على الأَصيل، وهذا الشَّرطُ لم يُوجَد؛

(١) في (ب): إذ، وفي (ج): لأنه.

(٢) في (د): على الكفيل.

(٣) في (د): عليه.

وهذا لأنه كَفَل بدَينٍ مَوصوفٍ، وهو ما قُضِي به على الغائِب.

أما في لَفظ القَضاءِ: فظاهِرٌ، وكذا في لَفظ الذَّوبِ واللُّزومِ؛ لأنه يُرادُ بهما الوُجوبُ بجِهة القَضاءِ في عُرفهم، ولهذا لو أقَرَّ الكَفيلُ لا يَلزَمُه؛ لأنه بإقراره لا يَثبُتُ الوصفُ، ولأن الْمَكفولَ به مالٌ يُقضى به، وهذه العِبارةُ وإن كانت للماضِي فقد أُرِيد بها الاستِقبالُ عُرفًا، كما يُقالُ: (أَطال اللهُ بَقاءَك).

والْمُدَّعي لم يَتعرَّض في دَعواه أن القاضِيَ قَضى به بعدَ الكَفالةِ[1]، وليس من ضَرورة كونِ الألفِ على الأَصيل أن يَكونَ ذاب عليه ولَزِمه بعدَ الكَفالةِ، ففَسَدت هذه الدَّعوى..

ولو بَرْهَن أن قاضِيَ كذا قَضى على الغائِب به: قُضِي عليهما، ولو أَقَرَّ لَزِم.

حتى لو قال الطّالبُ: (إنّي قَدَّمتُ الْمَطلوبَ بعدَ الكَفالةِ إلى فُلانٍ القاضِي، وأقَمتُ البيِّنةَ عليه بألف دِرهَمٍ، وقُضِي لي عليه بذلك عليه، فصِرتُ كَفيلًا بذلك): صَحَّت الدَّعوى، حتى لو أنكَر الكَفيلُ، فأَقام الطّالبُ البيِّنةَ عليه بذلك: قَضى القاضِي على الكَفيل والغائِبِ بالألف؛ لأنه ثَبَت الوصفُ، حتى لو أَقَرَّ لَزِم.

والكَفالةُ بأمره وبغَيره سَواءٌ، إلا أنه لا يَرجِعُ إذا كانت بغَير أمرٍ.

ضَمِن له ثَمَنَ ما بايَعه، أو دايَنه، أو أقرَضه: صار خصمًا في إثباته.

ولو ضَمِن له ثَمَنَ ما بايَعه، أو دايَنه، أو أقرَضه، فغاب الْمَطلوبُ، فبَرْهَن الطّالبُ على الكَفيل أنه كَفَل له به، وأنه قد دايَنه أو أقرَضه بعدَه، وجَحَد الكَفيلُ ذلك: قُضِي على الكَفيل والغائِبِ؛ لأن الضَّمانَ مُقيَّدٌ بصِفةٍ، ولا يُمكِنُ القَضاءُ به إلا بالقَضاء على

(١) في (هـ): قضى به في حال الكفالة.

الغائِب، فينتصِبُ خصمًا.

بَرْهَن أنه كَفَل له عن غائِبٍ بكذا بأمره: قُضِي عليهما، وثَبَت أمرُه ليَرجِعَ، ولو بلا أمرٍ قُضِي عليه فقط، بخِلاف (بكلِّ ما لي عليه)، وكذا الحَوالةُ.

ولو بَرْهَن رَجُلٌ على رَجُلٍ أن له على فُلانٍ الغائِبِ ألفَ دِرهَمٍ، وأن هذا كَفَل لي عنه بأَمره: قَضى القاضِي بالمال على الكَفيل والْمَكفولِ عنه، وثَبَت أمرُه ليَرجِعَ الكَفيلُ بما أدّى على الآمِرِ.

وإن ادَّعى الكَفالةَ بغَير أمرٍ قَضى القاضِي بالمال على الكَفيل دونَ الأصيلِ.

أما القَضاءُ على الكَفيل في الوَجهَين: فلأن الْمُدَّعيَ يَدَّعي مالًا بسَبَب الكَفالةِ، وقد أثبَت دَعواه بالحُجّة؛ إذ الْمَكفولُ به مالٌ مُطلَقٌ، بخِلاف ما سَبَق، فيُقضى عليه بما ادَّعى[1].

وأما القَضاءُ على الأَصيل في الفَصل الأوَّلِ دونَ الثّانِي: فلأن الكَفالةَ بغَير أمرٍ تبرُّعٌ محضٌ؛ إذ لا رُجوعَ فيه، وبأمرٍ[2]: تبرُّعٌ ابتِداءً، ومُعاوَضةٌ انتِهاءً، بمَنزِلة القرضِ، فإذا ادَّعى بأمرٍ لم يَصِحَّ القَضاءُ بغَير أمرٍ، وذلك غيرُ مَشهودٍ به، ومن ضَرورة القَضاءِ بالأَمر التَّعدِّي إلى الغائِب، وإلا لا تكونُ مُعاوَضةً.

ولأن أمرَ الأصيلِ الكَفيلَ بالكَفالة إقرارٌ منه بالمال، فيَصيرُ مَقضيًّا عليه ضَرورةً، وإذا كانت الكَفالةُ بغَير أمرٍ فليس من ضَرورة صِحّتِها التَّعدِّي إلى الغائِب؛ لأنها لا تَمَسُّ جانِبَ الْمَكفولِ عنه؛ لأن صِحّتَها تَعتمِدُ قِيامَ الدَّينِ في ذِمّة الكَفيلِ.

وفي الكَفالة بأمرٍ لا يَرجِعُ الكَفيلُ على الْمَكفول عنه بما أدّى عندَ زفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛

(١) في (ب) و(د): بما أدى.

(٢) في (ب): وبغير أمر.

لأنه يَزعُمُ أنه ليس بكَفيلٍ أصلًا، فضلًا عن أن يَكونَ كَفيلًا عنه بأمره، إلا أن المُدَّعيَ قد ظَلَمه بالبيِّنة الكاذِبةِ، وليس للمَظلوم أن يَظلِمَ غيرَه.

وعندَنا: يَرجِعُ الكَفيلُ عليه بما أدّى؛ لأن الشَّرعَ كَذَّبه في هذا الزَّعمِ، حيث قَضى عليه بالبيِّنة، فبَطَل زعمُه وإنكارُه، وهذا كمن اشتَرى من غَيره شيئًا، فاستُحِقَّ عليه بالبيِّنة: كان له الرُّجوعُ بالثَّمَن على البائع، وإن زَعَم صِحّةَ البيعِ وعدَمَ وِلايةِ الرُّجوعِ؛ لأنه صار مُكذَّبًا شرعًا في زَعمه.

ولو قال: (كَفَلتَ لي عن فُلانٍ بكلِّ ما لي عليه من المال، وإنه كان عليه ألفُ دِرهَمٍ)، وبَرهَن على المال والكَفالةِ: قُضِي عليه وعلى الغائِب، ادَّعى الآمِرُ أوْ لا، إلا أنه إذا كان بأمرٍ يَرجِعُ، وإلا لا.

والفرقُ بينَ هذا وبينَ ما تَقدَّم: أن قولَه: (كَفَلتُ لك عن فُلانٍ بألف دِرهَمٍ لك عليه) إقرارٌ بوُجوبه عليه من قِبَل الكَفيلِ، وذا كافٍ لصِحّته، فلا حاجةَ إلى القَضاء على الأصيل.

وأما قولُه: (كَفَلتُ لك بكلِّ مالٍ لك عليه): فليس بإقرارٍ بوُجوب[1] شيءٍ عليه؛ لأنه لم يُقدِّره؛ ألا تَرى أنه لو كَفَل هكذا ثم أنكَر المالَ على الأَصيل: كان القولُ له، فصار تَقديرُه: (بكلِّ مالٍ لك عليه إن كان لك عليه شيءٌ)، فإذا صار مُعلَّقًا صار القَضاءُ بالمال على الأصيل شرطًا لوُجوب المالِ على الكَفيل، فصار القَضاءُ على الكَفيل مُقتضِيًا شرطَه.

والحَوالةُ في هذا مِثلُ الكَفالةِ؛ لأنها تُبتنى على وُجوب الدَّينِ.

ادَّعى الأداءَ والرُّجوعَ، وبَرهَن على المَطلوب: قُضِي عليه بالضَّمان، وعلى

(١) في (أ): لوجوب.

الغائِب بالقَبض.

ادَّعى الكَفيلُ على الْمَكفول عنه أداءَ الدَّينِ والرُّجوعَ عليه، وأنكَر هو الأمرَ والأداءَ، أو أقرَّ بالأَمر وجَحَد الأداءَ، وبَرْهَن على الْمَطلوب بذلك: قُضِي عليه بالضَّمان، وعلى الغائِب بالقَبض[1]؛ لأنه ادَّعى على الحاضِر دَينًا لا يُتوصَّلُ إليه إلا بالقَضاء على الغائِب بالقَبَض، فيَنتصِبُ هو خصمًا.

كَفالتُه بالدَّرَك[2] مُذ باع: تَسليمٌ، وشَهادتُه، وخَتمُه[3]: لا.

كَفالتُه بالدَّرَك مُذ باع: تَسليمٌ، أي إذا باع رَجُلٌ دارًا، فكَفَل رَجُلٌ للمُشتَري عن البائِع بما أدرَكه فيه من دَرَكٍ: فكَفالتُه بالدَّرَك تَسليمٌ للمَبيع، حتى لو ادَّعى الكَفيلُ على الْمُشتَري أن الدّارَ مِلكُه لا تُسمَعُ دَعواه؛ لأن الكَفالةَ إذا شُرِطت في البَيع توَقَّف جَوازُ البيعِ على قَبول الكَفيلِ في الْمَجلِس، وإذا قَبِل في الْمَجلِس حتى انبرَم البيعُ كان الكَفيلُ في هذه الدَّعوى ساعِيًا في نَقض ما أوجَبه، ومن سَعى في نَقض ما أوجَبه ضَلَّ سعيُه في الحَياة الدُّنيا.

وإن لم تكن مَشروطةً في البَيع: فالْمَطلوبُ من هذه الكَفالةِ إتمامُ البيعِ وإحكامُه، بأن لا يُرغَّبَ الْمُشتريَ في شِراء هذه الدّارِ -خوفًا من الاستِحقاق- إلا بهذه الكَفالةِ، فيَكونُ مُرادُ الكَفيلِ بهذه الكَفالةِ أن البائِعَ مالِكٌ، وأن بيعَه جائِزٌ، فاشتَرِ هذه الدّارَ ولا

---

(١) مثبتة من (هـ).

(٢) ضمان الدرك: ضمان الاستحقاق دون رد الثمن بالعيب، وهو من الإدراك، أي ما يدركه من جهة نفسه. «الطلبة» ص١٤٣.

(٣) في (م): وخطه. والختم بفتح الخاء وسكون التاء مصدر ختم: أثر طبع الخاتم. وختم الكتاب: طَبعُ نَقْش الخاتم في آخره، وهذا النقش هو شعار خاص بصاحب الخاتم. «لغة الفقهاء» ص١٩٣.

تَخَف، فإن لَحِقك دَرَكٌ فيما تَشتَري فأنا ضامِنٌ له، فصار الكَفيلُ مُقِرًّا بمِلك البائِعِ، فلا تَصِحُّ دَعواه لنَفسه بعدَ ذلك.

ولو كَتَب شَهادتَه على صكِّ الشِّراءِ، وخَتَم على ذلك الصَّكِّ، ثم ادَّعى الشّاهدُ بعدَ ذلك أن الدّارَ له: تَصِحُّ دَعواه، ولا تكونُ كِتابةُ الشَّهادةِ على الصَّكِّ وختمُه تَسليمًا وإقرارًا بأن المَبيعَ مِلكُ البائِعِ؛ لأنه لا تَنافِيَ بينَ الأمرَين من قِبَل أنه شَهِد بوُجود البيعِ، ولا يَدُلُّ وُجودُه على صِحّته ونَفاذِه لا مَحالةَ؛ إذ البيعُ كما يُوجَدُ من المالِك يُوجَدُ من غَيره، وله أن يَقولَ: (إنما كَتَبتُ شَهادتي لأحفَظَ الحادِثةَ)، أو (لأتأمَّلَ أن في هذا العقدِ ضررًا حتى أرُدَّه، أو نفعًا حتى أُجيزَه).

والشَّهادةُ لا تَكونُ مَشروطةً في البَيع أيضًا، بخِلاف ما مَرّ، حتى لو شَهِد بالبَيع عندَ القاضِي، وقَضى بشَهادته أو لم يَقض حتى ادَّعى بعدَه: لا تُسمَعُ دَعواه؛ لأن الشَّهادةَ بالبَيع على إنسانٍ إقرارٌ بصِحّة البيع باتِّفاق الرِّواياتِ؛ لأن العاقِدَ يَقصِدُ بتَصرُّفه الصِّحّةَ والجَوازَ، فيَصيرُ دَعوى الْمِلكِ لنَفسه بعدَ ذلك تَناقُضًا، والتَّناقُضُ يَمنَعُ صِحّةَ الدَّعوى.

وأما كِتابةُ الشَّهادةِ في الصَّكِّ: لا يَتعلَّقُ بها حُكمٌ من الأَحكام، بل هي مُجرَّدُ إخبارٍ بالبَيع، ولو أُخبِر أن فُلانًا باع هذا العبدَ، ثم ادَّعاه بعدَه لنَفسه: صَحَّ دَعواه.

قال مشايِخُنا رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ: الجَوابُ الْمَذكورُ في كِتابة[1] الشَّهاداتِ مَحمولٌ على ما إذا كَتَب: (شَهِد فُلانٌ البيعَ والشِّراءَ)، أو كَتَب: (جَرى البيعُ بمَشهَدي)، أو كَتَب: (أَقرّا[2] بالبَيع والشِّراءِ عندي).

أما إذا كَتَب في الشَّهادة ما يُوجِبُ صِحّةَ البيعِ ونَفاذَه، بأن كان في صكِّ البيعِ: (باع

---

(١) في (هـ): كتاب.

(٢) في (ب) و(د) و(هـ): أقر.

فُلانٌ كذا وهو يَملِكُه)، أو (باع بيعًا باتًّا نافِذًا)، وهو كَتَب: (شَهِد بذلك): فلا تَصِحُّ دَعواه بعدَ ذلك، ومتى كان في الصَّكِّ: (باع فُلانٌ كذا)، وأقرَّ[1] أنه باع مِلكَه، والشّاهدُ كَتَب: (شَهِد بذلك): تَصِحُّ دَعواه.

وقولُه: (وخَتَم) إشارةٌ إلى عُرف زَمانِهم، فإن الرَّجُلَ إذا كَتَب شَهادتَه في صك الشِّراءِ خَتَم في آخِره؛ حتى يَكونَ ذلك عَلامةً للكِتابة، ولم يَبقَ ذلك العُرفُ في زَمانِنا.

ضَمِن خَراجَه، أو رَهَن به، ونَوائِبَه، وقِسمتَه: صحّ.

ومن ضَمِن عن آخرَ خَراجَ أرضِه، أو رَهَن به، أو ضَمِن نَوائبَه[2] أو قِسمتَه: صَحّ.

اعلَم أن الرَّهنَ والكَفالةَ جائِزان في الخَراج؛ لأنه دَينٌ واجِبٌ يُحبَسُ به، ويُلازَمُ لأَجله، ويَمنَعُ وُجوبَ الزَّكاةَ، ويُطالَبُ به أشدَّ الْمُطالَبةِ، فأشبَه سائِرَ الدُّيونِ.

بخِلاف الزَّكاةِ؛ حيث لا يَصِحُّ الضَّمانُ بها وإن كانت دَينًا واجِبًا مُطالَبًا به، خُصوصًا إذا كانت في الأَموال الظّاهِرة؛ لأن الواجِبَ عليه فِعلٌ هو عِبادةٌ، والمالُ محَلٌّ لإِقامة[3] العِبادةِ، ولهذا لا يُستوفى من تَرِكة من عليه بعدَ موتِه إلا بوصِيّةٍ، بخِلاف سائِرِ الدُّيونِ.

وهذا لأن الدَّينَ وُجوبُ تَمليكِ مالٍ بدَلًا عن شيءٍ آخرَ، والخَراجَ يَجِبُ حقًّا للمُقاتِلة بدَلًا عن الذَّبِّ عن حَريم الدِّينِ والْمُحاماةِ على بَيضة الإسلامِ، فكان دَينًا، كالأُجرة، وتَصِحُّ الكَفالةُ بالأُجرة، فكذا بالخَراج.

أما الواجِبُ في الزَّكاة: فتَمليكُ مالٍ من غَير أن يَكونَ بدَلًا عن شيءٍ آخرَ.

وأما النَّوائبُ.. فإن أُريد بها: ما يَنوبُ الإنسانَ بحقٍّ: صَحَّت الكَفالةُ بها اتِّفاقًا، نحوَ

---

(١) في (ب) و(د): أو أقر.

(٢) في (ب): نوابه.

(٣) في (ج): لإفادة.

أن يَقضِيَ القاضِي بكَرْيِ نهرٍ مُشتركٍ بينَه وبينَ غيرِه شِرْكةً خاصّةً، فأَبى واحِدٌ منهم من الكَرْيِ، وأنفق شَريكُه بأمر القاضِي: تَصيرُ حِصّةُ الآبِي دَينًا في ذِمّته، فتَصِحُّ الكَفالةُ بها؛ لأنه كَفَل بما هو مَضمونٌ على الأَصيل.

وكذا أُجرةُ الحارِسِ بينَ قومٍ مَضمونةٌ يَصِحُّ الضَّمانُ بها.

كذا ما وَظَّف الإمامُ على النّاس عندَ الحاجةِ إلى تَجهيز الجيشِ لِقتال الْمُشرِكين، وقد خَلا بيتُ المالِ عن المال، أو احتاج إلى فِداء أُسارى الْمُسلِمين، فوَظَّف على النّاس مالًا لأَجل ذلك: فهو واجِبٌ مَضمونٌ تَصِحُّ الكَفالةُ به.

وإن أُرِيد بها: النَّوائبُ التي يُطالَبُ الإنسانُ بغَير حقٍّ، كالجِبايات في زَماننا: لا تَصِحُّ الكَفالةُ بها؛ لأن الكَفالةَ لالتِزام الْمُطالَبةِ بما على الأَصيل شرعًا، ولا شيءَ على الأَصيل هنا شرعًا، فلا تَصِحُّ الكَفالةُ.

وقال بعضُهم -منهم فخرُ الإسلام عليٌّ البَزدَويُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ-: تَصِحُّ الكَفالةُ بها؛ لأنها في حقِّ تَوجُّهِ الْمُطالَبةِ فوقَ سائرِ الدُّيونِ، والعِبرةُ في باب الكَفالةِ للمُطالَبة؛ لأنها شُرِعت لالتِزامها، ولهذا قُلنا: إن من قام بتَوزيع هذه النَّوائبِ على الْمُسلِمين بالقِسط يُؤجَرُ، وإن كان الآخِذُ في الأَخذ ظالِمًا، ولهذا قُلنا: إن من قَضى نائبةَ غيرِه بأَمره رَجَع عليه، وإن لم يَشترِط الرُّجوعَ، كما لو قَضى دَينَ غيرِه بأَمره.

وأما القِسمةُ.. فقِيل: هي النَّوائبُ بعَينها، أو حِصّتُه منها، والرِّوايةُ بـ (أو).

وهذا الضَّمانُ جائزٌ؛ لأن كلَّ واحِدٍ مُطالَبٌ بنَصيبه مَحبوسٌ به.

وقِيل: هي النّائبةُ الْمُوظَّفةُ الرّاتبةُ، وهي: الْمُقاطَعاتُ الدِّيوانيّةُ في كلِّ شهرٍ أو ثَلاثةِ أشهُرٍ.

والْمُرادُ بالنَّوائِب: ما يَنوبُه غيرَ راتِبٍ، بل يَلحَقُه أحيانًا، ويُحتمَلُ أن يَقَعَ ويُحتمَلُ

أن لا يَقَعَ.

وقِيل: الْمُرادُ بالقِسمة: أُجرةُ القُسّامِ.

(ضَمِنتُ لك عنه بمِائةٍ إلى شهرٍ)، فقال: (حالّةٌ): فالقولُ للضّامِنِ.

ومن قال لآخرَ: (لك عليَّ مِائةُ دِرهَمٍ إلى شهرٍ)، فقال الْمُقَرُّ له: (هي حالّةٌ): فالقولُ للمُقَرِّ له عندَنا.

وإن قال لآخرَ: (ضَمِنتُ لك عن فُلانٍ مِائةَ دِرهَمٍ إلى شهرٍ)، فقال الْمَكفولُ له: (هي حالّةٌ): فالقولُ للضّامِنِ في ظاهِرِ الرِّوايةِ.

والفرقُ: أن الْمُقِرَّ أقَرَّ بالدَّين، وهو سبَبٌ لوُجوب الْمُطالَبةِ، ثم ادَّعى لنَفسه حقًّا على الْمُقَرِّ له، وهو تَأخيرُ الْمُطالَبةِ إلى شهرٍ، والْمُقَرُّ له يُنكِرُ ذلك، والقولُ للمُنكِرِ في الشَّرعِ، والضّامِنُ ما أقَرَّ بالدَّين؛ إذ لا دَينَ عليه في الأصَحِّ، وإنما أقَرَّ بحقِّ الْمُطالَبةِ له بعدَ شهرٍ، والْمَكفولُ له يَدَّعي عليه حقَّ الْمُطالَبةِ لنَفسه في الحال، والضّامنُ يُنكِرُ ذلك، والقول للمُنكِرِ.

ولأن الأصلَ في الدَّين: أن يَجِبَ حالًّا، والأجَلُ فيه من العَوارِضِ؛ لأنه إن وَجَب قرضًا أو إتلافًا فظاهِرٌ، وإن وَجَب ثَمَنًا فكذلك؛ لأنه مُقابَلٌ بزَوال مِلكِه عن الْمَبيع ناجِزًا، والعاقِلُ -على ما عليه ظاهِرُ حالِه- لا يَرضى بزَوال مِلكِه ناجِزًا إلا ببدَلٍ ناجِزٍ، ولهذا لا يَثبُتُ الأجَلُ إلا بشرطٍ، فكان القولُ لمن أنكَر العارِضَ.

كما إذا ادَّعى أحدُ الْمُتعاقِدَين خِيارَ الشَّرطِ، وأنكَر الآخَرُ: فالقولُ للمُنكِرِ، والأجَلُ في الكَفالة نوعٌ، وليس بعارِضٍ حتى يَثبُتَ بلا شرطٍ، بأن كَفَل بدَينٍ مُؤَجَّلٍ، فإن الأجَلَ يَثبُتُ في حقِّ الكَفيلِ بلا شرطٍ، فوَجَب أن يُقبَلَ قولُه في بَيانه.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: القولُ للمُقِرِّ في الفَصلَين؛ لأن الدَّينَ نَوعان: حالٌّ ومُؤَجَّلٌ،

فإذا أقرَّ بالمُؤجَّل فقد أقرَّ بأحد نوعَي الدَّينِ، فيكونُ القولُ له، كما في الكَفالة[1].

وذَكَر في «الهِداية»: (والشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ ألحق الثّاني بالأوّل)، وهو مُشكِلٌ؛ لأن الخِلافَ المَنقولَ عنه كما حَكَينا، فيُحتمَلُ أن يَكونَ له قَولان، أو كان لفظُ المُصنِّفِ[2]: (والشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ ألحق الأوّلَ بالثّاني، وأبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ فيما يُروى عنه ألحق الثّانيَ بالأوّل)، والتَّغييرُ وَقَع من الكُتّاب.

كَفَل بالدَّرَك، فاستُحِقّ: لم يُؤخَذ حتى يُقضى على البائِع.

ومن اشتَرى شيئًا، وكَفَل له رَجُلٌ بالدَّرَك، فاستُحِقَّ المَبيعُ: ليس للمُشتَري أن يَأخُذَ من الكَفيلِ الثَّمَنَ حتى يُقضى له -أي للمشتري- به على البائِع؛ لأن الكَفالةَ بالدَّرَك كَفالةٌ بالثَّمَن، فلا بُدَّ من وُجوب الثَّمَنِ على البائِع ليَصيرَ هو كَفيلًا به، وبنَفس الاستِحقاقِ والقَضاءِ بالمَبيع للمُستحِقِّ.. لا يَجِبُ الثَّمَنُ على البائِع ما لم يَنفسِخ العقدُ، وإنما يَنفسِخُ العقدُ ويَجِبُ الثَّمَنُ على البائِع إذا قَضى القاضِي بالثَّمَن على البائِع.

ولهذا لو أَجازَ المُستحِقُّ البيعَ صَحَّ البيعُ، فإنما[3] يَصيرُ كَفيلًا إذا قُضِي بالثَّمَن على البائِع، فقَبْل ذلك لا كَفالةَ، فلا يَكونُ للمُشتَري أن يَأخُذَ الثَّمَنَ من الكَفيل.

هذا جَوابُ ظاهِرِ الرِّوايةِ؛ فإن العقدَ لا يَنفسِخُ بمُجرَّد الاستِحقاقِ، وحُكمُ القاضِي على ظاهِرِ الرِّوايةِ ما لم يَقضِ له بالثَّمَن على البائِع، وهو الصَّحيحُ، فلم يَجِب على البائِع ردُّ الثَّمَنِ، فلا يَجِبُ على الكَفيل؛ وهذا لأن الاستِحقاقَ لا يَنفي ابتِداءَ البيعِ، فأَولى أن لا يَنفيَ البَقاءَ.

---

(١) في (د): الوكالة.

(٢) في (ب) و(هـ): أو كان لفظ المصنف شرح البزدوي والظهيري.

(٣) في (د) و(هـ): وإنما.

بخِلاف القَضاءِ بالحُرِّيَة؛ لأن البيعَ يَبطُلُ بها؛ لعَدَم الْمحَلِّيَةِ، فيَرجِعُ على البائِع والكَفيلِ.

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الخُصومةَ من الْمُستحِقِّ وطلَبَ الحُكمِ من القاضِي: دَليلُ النَّقضِ، فيَنتقِضُ به البيعُ، كما يَنتقِضُ بصَريح النَّقضِ، حتى لا تَعمَلُ إجارةُ الْمُستحَقِّ بعدَ ذلك.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن أخذَ العَينِ بحُكم الحاكِمِ دَليلُ الفسخِ، فيَنفسِخُ به البيعُ، وعنه: أن العقدَ يَنفسِخُ بالقَضاء بالاستِحقاق، فعلى هذه الرِّوايةِ: للمُشتَري أن يَأخُذَ الكَفيلَ بالثَّمَن إذا قُضِي عليه بالاستِحقاق.

بَابُ كَفالةِ الرَّجلَيْنِ

دَينٌ عليهما، وكَفَل كلٌّ عن صاحِبه: فما أدّى[1] أحَدُهما فهو عنه، وإن عَيَّن عن صاحِبه.. فإن زاد على نِصفه: رَجَع.

رَجُلان عليهما ألفُ دِرهَمٍ لرَجُلٍ ثَمَنُ مَتاعٍ، أو قرضٌ، وكَفَل كلُّ واحِدٍ منهما عن صاحِبه.. فما أدّى أحَدُهما: فهو عنه، ولا يَرجِعُ على شَريكه حتى يَزيدَ ما يُؤدِّيه على النِّصف، وإن عَيَّن عن صاحِبه؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما في النِّصف أصيلٌ، وفي النِّصف الآخَرِ كَفيلٌ.

ولا تَعارُضَ بينَ ما عليه بحقِّ الأصالةِ وبينَ ما عليه بحقِّ الكَفالةِ؛ لأن الواجِبَ بحقِّ الأصالةِ دَينٌ، والواجِبَ بحقِّ الكَفالةِ مُطالَبةٌ بذلك الدَّينِ، فكانت تابِعةً له، فتَقَعُ عنه.

ولأنه لو جَعَل شيئًا من الْمُؤدّى عن صاحِبه فلصاحِبه أن يَقولَ: (أداؤُك كأدائِي، فإن جَعَلتَ شيئًا من الْمُؤدّى عنّي، ورَجَعتَ بذلك عليّ.. فلي أن أجعَلَ الْمُؤدّى عنك كما لو أدَّيتُ بنفسي)، فيُفضِي إلى الدَّور.

فإن زاد[2] الْمُؤدّى على النِّصف: رَجَع بالزِّيادة؛ لأنه لا مُعارَضةَ[3] في الزِّيادة ولا دَورَ؛ لأن الْمُؤدِّيَ لَمّا بَرِئ عما كان عليه بطَريق الأصالةِ بَرِئ صاحِبُه عن الكَفالة، فإذا

(١) في (ف): ادعى.

(٢) في (أ): رد.

(٣) في (هـ): معاوضة.

جَعَل الْمُؤدِّي الزِّيادةَ عن صاحِبه لا يَكونُ لصاحِبه أن يَجعَلَ الزِّيادةَ عن الْمُؤدّى.

ولو كان ما عليه مُؤَجَّلًا، وما على الآخر حالًّا، فعَيَّن: صحّ.

ولو كان ما عليه مُؤَجَّلًا، وما على الآخَر حالًّا: صَحَّ تَعيينُه؛ لأنه ليس لصاحِبه أن يَرجِعَ عليه، فكان الرُّجوعُ مُفيدًا.

وإن كَفَلا عن رَجُلٍ، وكَفَل كلٌّ عن صاحِبه: فما أدّى[1] رَجَع بنِصفه، أو بالكلِّ على الأَصيل.

وإن كَفَل رَجُلان عن رَجُلٍ بألفٍ، وكَفَل كلُّ واحِدٍ منهما عن صاحِبه.. فما أدّاه أحَدُهما رَجَع على شَريكه بنِصفه، قَليلًا كان أو كَثيرًا، وإن شاء رَجَع على الْمَكفول عنه بذلك كلِّه.

ومَعنى الْمَسألةِ: أن كلَّ واحِدٍ منهما كَفَل بالمال كلِّه عن الأَصيل، وبالكلِّ عن الشَّريك، وتَصِحُّ الكَفالةُ من الكَفيل كما تَصِحُّ من الأَصيل، وكما تَصِحُّ الحَوالةُ من الْمُحتال عليه.

فإذا أدّى أحَدُهما شيئًا وَقَع ذلك شائِعًا عنهما؛ لاستِوائهما؛ إذ كلُّ واحِدٍ منهما كَفيلٌ عن صاحِبه وعن الأَصيل بكلِّ الألفِ، فلا رُجحانَ لأَحَدهما على الآخَر، بخِلاف ما سَبَق؛ لأن هناك النِّصفَ بجِهة الأصالةِ، والنِّصفَ بجِهة الكَفالةِ، وجِهةُ الأصالةِ أقوى، فيَرجِعُ على شَريكه بنِصفه.

ولا يُؤدِّي إلى الدَّور؛ لأن قَضِيَّتَه الاستِواءُ، وقد حَصَل ذلك برُجوع أحَدِهما بنِصف ما أدّى، ثم يَرجِعان على الأَصيل؛ لأنهما أدَّيا عنه دَينَه، أحَدُهما بنَفسه، والآخَرُ

---

(١) في (ف): ادعى.

بنائبه.

وإن شاء رَجَع الْمُؤَدِّي على الأَصيل بكلِّ ما أدّى؛ لأنه كَفَل بكلِّ المالِ عنه بأَمره.

وإن أبرَأ الطّالبُ أحَدَهما: أُخِذ الآخرُ بكلِّه.

وإن أبرَأ الطّالبُ أحَدَهما: أخَذ الآخرَ بالكلّ؛ لأن إبراءَ الكَفيلِ لا يُوجِبُ بَراءةَ الأصيلِ، فبَقِي كلُّ المالِ على الأَصيل، والآخرُ كَفيلٌ بكلِّه، فيأخُذُه به.

افترَق مُفاوِضان[1]: أخَذ الغَريمُ أيًّا شاء بدَينه، ولا يَرجِعُ حتى يُؤدِّيَ أكثَرَ من النِّصف.

وإذا افترَق الْمُفاوِضان وعليهما دَينٌ: أخَذ الغَريمُ أيًّا شاء بكلِّ الدَّينِ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما كَفيلٌ عن صاحِبه؛ لِما مَرَّ في الشِّرْكة.

ولا يَرجِعُ أحَدُهما على صاحِبه حتى يُؤدِّيَ أكثرَ من النِّصف؛ لِما مَرَّ في مَسألة أوّلِ البابِ.

كاتَب عَبدَيه واحِدةً، وكَفَل كلٌّ عن صاحِبه: فما أدّى رَجَع بنِصفه.

وإن كاتَب عَبدَيه كِتابةً واحِدةً، وكَفَل كلٌّ عن صاحِبه: فكلُّ شيءٍ أدّاه أحَدُهما رَجَع على صاحِبه بنِصفه.

وهذا العقدُ صَحيحٌ استِحسانًا، والقِياسُ: أن لا يَصِحَّ؛ لأنه شَرَط فيه كَفالةَ الْمُكاتَبِ، والكَفالةَ ببَدَل الكِتابةِ، وكلُّ ذلك باطِلٌ، فيَكونُ شرطُهما في الكِتابة فاسِدًا؛ إذ الكِتابةُ تَفسُدُ بالشُّروط الفاسِدةِ.

وجهُ الاستِحسانِ: أن تَصرُّفَ الإنسانِ واجِبُ التَّصحيحِ بقَدْر الإمكانِ، وقد أمكَن

---

(١) أي شريكا المفاوضة.

تَصحيحُ هذه الكِتابةِ بأن يُجعَلَ المالُ على كلِّ واحِدٍ منهما، والآخَرُ تابعٌ له في حقِّ تعلُّقِ عَتقِه بأدائه، كالمُكاتَبة يَكونُ عليها المالُ، والولَدُ يَتبعُها، فكان كلُّ واحِدٍ منهما في حقِّ نفسِه كأن المالَ عليه، وصارت كَفالتُه بما عليه أصلُه، وكَفالةُ الْمُكاتَبِ بما عليه أصلُه: جائزةٌ، فصار كلُّ واحِدٍ منهما أصيلًا في الكلّ، كَفيلًا عن صاحِبه في حقِّ صاحِبه بالكلّ.

ويُطالِبُ الْمَولى كلَّ واحِدٍ منهما بجَميع المالِ بحُكم الأصالةِ لا بحُكم الكَفالةِ، فإذا أدّى أحَدُهما شيئًا وَقَع عن كلِّ البدَلِ، فيَقَعُ عن صاحِبه نِصفُ ذلك؛ لاستِوائهما، فيَرجِعُ على صاحِبه بنِصفه، ولو رَجَع بالكلِّ لا تَتحقَّقُ الْمُساواةُ.

ولو حَرَّر أحَدَهما: أخَذ أيًّا شاء بحِصّة الآخَرِ، فإن أخَذ الْمُعتَقَ: رَجَع، وإن أخَذ الآخَرَ: لا.

ولو أعتَق الْمَولى أحَدَهما صَحّ؛ لأنه مِلكُه، وبَرِئ عن النِّصف؛ لأنه لم يَلتزِمه إلا لتَسلَمَ له رَقَبتُه، وقد سَلِمت، فلم يكن راضِيًا بلُزومه، فيَسقُطُ، وبَقِي النِّصفُ على الآخَر؛ لأن المالَ في الحَقيقة قُوبِل برَقَبتهما.

وإنما جُعِل على كلِّ واحِدٍ منهما: احتِيالًا لتَصحيح الضَّمانِ، فإذا أُعتِق استُغنِي عنه، فاعتُبِر مُقابَلًا برَقَبتهما، فبَرِئ عن النِّصف، وبَقِي على الآخر النِّصفُ.

وللسَّيِّد أن يَأخُذَ بحِصّة مَن لم يُعتَق أيًّا شاء.. الْمُعتَقَ[1]؛ لأنه كَفيلٌ عن صاحِبه، والآخَرَ[2]؛ لأنه أصيلٌ، فإن أخَذ الْمُعتَقَ: رَجَع على الآخر بما يُؤدِّي؛ لأنه أدّى عنه بأمره، وإن أخَذ الآخَرَ: لا يَرجِعُ على الْمُعتِق بشيءٍ؛ لأنه أدّى دَينَ نفسِه، فلا يَرجِعُ.

عليه ألفٌ وكَفَل بنِصفه رَجُلٌ، أو بكلِّ نِصفٍ رَجُلٌ، أو نِصفُه مُؤجَّلٌ ونِصفُه حالٌّ،

(١) بدل من (أيًّا).

(٢) معطوف على المعتق.

أو نِصفُه بقرضٍ ونِصفُه ببيعٍ، فأدّى الأصيلُ نِصفَه، وعيَّن: صحّ.

رَجُلٌ عليه ألفٌ، وكَفَل بنِصفه رَجُلٌ، أو بكلِّ نِصفٍ رَجُلٌ، أو نِصفُه مُؤجَّلٌ ونصفُه حالٌّ، أو نِصفُه بقرضٍ ونِصفُه ببيعٍ، فأدّى الأصيلُ نِصفَه وعيَّن: صَحّ؛ لأن التَّعيينَ في الجِنس الْمُختلِفِ مُعتبرٌ؛ لكَونه مُفيدًا.

بَابُ كَفَالَةِ العَبْدِ وعَنِ[1] العَبْدِ

ضَمِن عن عبدٍ مالًا يُؤخَذُ به بعدَ عَتقِه: فهو حالٌّ، وإن لم يُسمِّه.

ومن ضَمِن عن عبدٍ مالًا يُؤخَذُ به بعدَ عَتقِه، بأن أقرَّ باستِهلاك مالٍ وكذَّبه سيِّدُه، أو أقرَضه إنسانٌ أو باعه وهو مَحجورٌ، ولم يُسمِّ حالًّا أو غيرَ حالٍّ: يُؤخَذُ الكَفيلُ به حالًّا.

أما صِحّةُ الكَفالةِ: فلأنه كَفَل بدَينٍ مَضمونٍ على الأَصيل.

وأما الحُلولُ: فلأن الدَّينَ على العَبد حالٌّ؛ لوُجود سبَبِه.

وإنما لا يُطالَبُ العبدُ به قبلَ العَتقِ: لعُسرته؛ إذ جَميعُ ما في يَده مِلكُ سيِّدِه، لا لكَونه مُؤجَّلًا.

ولا عُسرةَ في حقِّ الكَفيلِ[2]، فيُؤخَذُ به للحال، كما لو كَفَل عن غائِبٍ، فإنه يُؤخَذُ وإن عَجَز الطّالبُ عن مُطالَبة الأصيلِ، أو كَفَل عمَّن فَلَّسه القاضِي، وحال بينَه وبينَ خصمِه: فإن الكَفيلَ يُؤخَذُ به للحال، وإن لم يكن الأصيلُ مُؤاخَذًا به في الحال؛ لأن عدَمَ الْمُؤاخَذةِ في حقِّ الأصيلِ لعُسرته لا لشَرط الأجَلِ.

ولا عُسرةَ في حقِّ الكَفيلِ، بخِلاف ما لو كَفَل بدَينٍ مُؤجَّل؛ فإنه يَتأجَّلُ الدَّينُ في حقِّ الكَفيلِ أيضًا؛ لأن الْمُطالَبةَ تأخَّرت ثَمَّ بمُتأخِّرٍ[3]، والكَفيلُ التَزم الْمُطالَبةَ بذلك

(١) في (ب) و(د): عن.

(٢) في (ج): المالك.

(٣) في (ج) و(هـ): بمؤخر.

الدَّينِ، فلَزِمه كذلك مُؤجَّلًا.

ثم إذا أدَّى رَجَع على العَبد بعدَ العَتقِ؛ لأن الطَّالبَ إنما يَرجِعُ عليه بعدَ العَتقِ، فكذا الكَفيلُ؛ لأنه قائِمٌ مَقامَه.

ادَّعى رَقَبةَ العبدِ، فكَفَل به رَجُلٌ، فمات، فبَرْهَن الْمُدَّعي أنه له: ضَمِن قِيمتَه، ولو ادَّعى عليه شيئًا، وكَفَل بنفسه، فمات: لا.

ومن ادَّعى على رَجُلٍ رَقَبةَ عبدٍ في يَده، فكَفَل بنَفس العبدِ رَجُلٌ[1]، فمات العبدُ، فبَرْهَن الْمُدَّعي أنه كان له: ضَمِن الكَفيلُ قِيمةَ العبدِ، وإن ادَّعى على عبد رَجُلٍ دَينًا، وكَفَل[2] رَجُلٌ بنَفس العبدِ، فمات العبدُ: بَرِئ الكَفيلُ.

والفرقُ: أن في الْمَسألة الثَّانيةِ كَفَل بتَسليم نفسِ العبدِ عن العَبد، فإذا مات العبدُ سَقَط عنه تَسليمُ نفسِه إلى مَجلِس القاضِي، وبَرِئ عنه، فيَبرأُ الكَفيلُ؛ لأن بَراءةَ الأصيلِ تُوجِبُ بَراءةَ الكَفيلِ، كما لو كان الْمَكفولُ بنَفسه حُرًّا ومات.

وهذا لأن محَلَّ ما التَزَمه فات، وهو العبدُ، وكما لا يُتصوَّرُ التِزامُ التَّسليمِ ابتِداءً بلا محَلٍّ.. لا يُتصوَّرُ بَقاؤُه بعدَ فَواتِ المحَلِّ.

وفي الْمَسألة الأُولى إنما كَفَل بتَسليم رَقَبةِ العبدِ عن ذي اليد؛ لأن الْمُدَّعيَ زَعَم أن ذا اليدِ غاصِبٌ ضامِنٌ، والكَفيلُ التَزَم ما على ذي اليدِ من ردِّ العبدِ على وجهٍ تَخلُفُه قِيمتُه.

فإذا مات العبدُ، وقامت البيِّنةُ على أن العبدَ مِلكُ الْمُدَّعي.. ظَهَر أن ذا اليدِ كان غاصِبًا للعَبد، ووَجَب عليه ضَمانُ القِيمةِ خَلَفًا عن العَبد، فيَجِبُ على الكَفيل ذلك؛ لأن الكَفالةَ شُرِعت لضَمِّ ذِمّةِ الكَفيلِ إلى ذِمّة الأصيلِ بما كان الأصيلُ مُطالَبًا به، فإذا

(١) في (ب): رجلاً.

(٢) في سوى (أ) و(ب): فكفل.

تَحوَّلت الْمُطالَبةُ من عَين العبدِ إلى قِيمته في حقِّ الأصيلِ.. تَحوَّلت في حقِّ الكَفيلِ أيضًا.

كَفَل عبدٌ عن سَيِّده بأَمره، فعَتَق، فأدّاه، أو كَفَل سَيِّدُه عنه، فأدّاه بعدَ عَتقِه: لم يَرجِع(ز) واحِدٌ على الآخر.

كَفَل عبدٌ عن سيِّده بأَمره، فعَتَق، فأدّاه، أو كَفَل سيِّدُه عنه بأمره، وأدّاه بعدَ عَتقِه: لم يَرجِع واحِدٌ منهما على الآخَر.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَرجِعُ كلُّ واحِدٍ منهما على الآخَر بما أدّى.

ومَعنى الوجهِ الأوَّلِ: أن لا يَكونَ على العَبد دَينٌ، حتى تَصِحَّ كَفالتُه بالمال على[1] الْمَولى بأَمره؛ لأنه إذا لم يكن عليه يَصِحُّ أمرُ الْمَولى إيّاه بالكَفالة، ويَصِحُّ تَصرُّفُ الْمَولى فيه؛ لفَراغ ذِمّتِه عن تَعلُّق حقِّ الغيرِ؛ ألا تَرى أنه يَملِكُ أن يَجعَلَه مَشغولًا بالدَّين، بأن يُقِرَّ عليه بالدَّين، فكذا له أن يَأذَنَ حتى يَكفُلَ عنه.

بخِلاف ما إذا كان مَديونًا؛ لأن مَولاه صار كالأجنَبيِّ عنه، حتى لا يَملِكُ شَغلَه بالدَّين بالإقرار عليه، فكذا لا يَملِكُ أمرَه بالكَفالة.

وأما كَفالتُه عن العَبد: فصَحيحةٌ بكلِّ حالٍ، سَواءٌ كان العبدُ مَديونًا أوْ لا.

له: أن الكَفالةَ بالأمر سببٌ للرُّجوع، وإنما تُرِك العمَلُ به في حال كونِه عبدًا: لمانِع الرِّق، فإذا عَتَق زال المانِعُ من عَمَل السَّبَبِ، فتَثبُتُ وِلايةُ الرُّجوعِ؛ عمَلًا بالسَّبَب.

ولنا: أن الكَفالةَ وَقَعت غيرَ مُوجِبةٍ للرُّجوع؛ لاستِحالة أن يَجِبَ لأحَدِهما دَينٌ على الآخَر، فلا تَنقلِبُ مُوجِبةً للرُّجوع، كمن كَفَل بغَير أمرِ المطلوبِ، ثم بَلَغه فأَجازه،

---

(١) في (ج) و(هـ): عن.

فإنه لا يَرجِعُ عليه؛ لأن الكَفالةَ لَزِمته ونَفَذت بغَير أمرِه غيرَ[1] مُوجِبةٍ للرُّجوع، فلا تَنقلِبُ مُوجِبةً للرُّجوع.

كَفَل عبدٌ مَديونٌ عن سَيِّده بإذنه: بَطَلت، فإن حَرَّره في مَرَضه: لا تَنفُذُ(س م) ما لم يَسعَ.

كَفَل عبدٌ مَأذونٌ مَديونٌ عن سيِّده بإذنه: بَطَلت؛ لحقِّ الغُرَماءِ.

فإن حَرَّره في مَرَض موتِه ومات: فعلى العَبد السِّعايةُ لغُرَمائه، ولا تَنفُذُ تلك الكَفالةُ ما دام يَسعى عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، فإذا سَعى وعَتَق: نَفَذت تلك الكَفالةُ؛ لأنه كالمُكاتَب عندَه، وكَفالةُ الْمُكاتَبِ لا تَصِحُّ، وعندَهما: هو حُرٌّ مَديونٌ، فنَفَذت كَفالتُه.

كَفيلٌ مات، وحَلَّ الأجَلُ، وعَجَّل وارِثُه: لا يَرجِعُ على الأَصيل قبلَ(ز) الأجَلِ.

كَفيلٌ بدَينٍ مُؤَجَّلٍ مات، وحَلَّ الأجَلُ، وطُولِب وارِثُه بتَعجيله، وعَجَّل وارِثُه: لا يَرجِعُ على الأَصيل حتى يَحِلَّ الأجَلُ، خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ، لأن الأجَلَ إنما بَطَل في حَقِّ الكَفيلِ بمَوته؛ إذ لا فائِدةَ في بَقائه؛ لانتِقال الحقِّ إلى التَّركة، وهي عَينٌ لا تَقبَلُ التَّأجيلَ، والأَجَلُ حَقُّ الأصيلِ، وفي إبقائه فائِدةٌ؛ لأنه في ذِمّته، فلا يَبطُلُ حقُّه ببُطلان حقِّ غيرِه بغَير رِضاه.

كَفَل بثَمَن أمةٍ، ونَقَد، فاستُحِقَّت، أو وُجِدت حُرّةً، أو مُدبَّرةً، أو مُكاتَبةً، أو أُمَّ وَلَدٍ: اتَّبَع الكَفيلُ البائِعَ، أو الْمُشتريَ لو بأَمره، ثم هو بائِعَه.

رَجُلٌ اشتَرى أمةً، وقَبَضها، وكَفَل بثَمَنها رَجُلٌ ونَقَد، فاستُحِقَّت، أو وُجِدت حُرّةً، أو مُدبَّرةً، أو مُكاتَبةً، أو أُمَّ ولَدٍ: اتَّبَع الكَفيلُ البائِعَ؛ لأنه ظَهَر أنه قَبَض بغَير حَقٍّ، أو الْمُشتَريَ لو كانت الكَفالةُ بأمرٍ؛ لأنه بالأَمر ضَمِن له سَلامةَ ما يُؤدِّي، ثم يَرجِعُ

(١) سقطت من (د).

الْمُشتَرِي على البائِعِ؛ لأنه مَلَك ما نَقَده الكَفيلُ بأداء الضَّمانِ.

ولو نَقَد خَمسين دِينارًا عن دَراهِمَ بصُلحٍ أو بيعٍ: اتَّبع البائِعَ بما دَفَع، لا الْمُشترِيَ، وخُيِّر البائِعُ في الصُّلح بردِّ الدَّنانيرِ أو الدَّراهِمِ.

ولو نَقَد خَمسين دِينارًا عن دَراهِمَ بصُلحٍ أو بيعٍ: اتَّبع البائِعَ بما دَفَع لا الْمُشترِيَ؛ لأنه خالَف أمرَه، فكان مُتبرِّعًا، وخُيِّر البائِعُ في الصُّلح بردِّ الدَّنانيرِ أو الدَّراهِمِ؛ لأن مَبناه على الحطّ، فلا يَلزَمُه الأَعلى بقَبض الأَدنى، بخِلاف البيعِ؛ فإنه يَرُدُّ الدَّراهِمَ لا مَحالةَ.

ولو كَفَل بجَيِّدٍ، ونَقَد نَبهْرَجةً: رَجَع به..

ولو كَفَل بجَيِّدٍ، ونَقَد نَبهْرَجةً: رَجَع بالجيِّد على الْمُشتَري؛ لأن الكَفيلَ إذا أدّى خِلافَه يَرجِعُ بما ضَمِن لا بما أدّى؛ لأنه مَلَك الجِيادَ التي في ذِمّته.

وإن استُحِقَّ: اتَّبع البائِعَ أو الْمُشترِيَ بها، وبعَكسه: رَجَع بها، ولو استُحِقَّ اتَّبع البائِعَ به أو الْمُشترِيَ بها، ورَجَع به.

وإن استُحِقَّ اتَّبع البائِعَ أو الْمُشترِيَ بالنَّبهْرَجة؛ لأن الكَفالةَ لَمّا بَطَلت بَقِي الأمرُ بالأَداء، والْمَأمورُ بالأَداء إنما يَرجِعُ بما يُؤدِّي.

وإن كَفَل بنبَهْرَجةٍ، ونَقَد جِيادًا: رَجَع بالنَّبهْرَجة؛ لأن الأمرَ لم يَتناوَل الزِّيادةَ.

ولو استُحِقَّ اتَّبع البائِعَ بالجيِّد، أو الْمُشترِيَ بالنَّبهْرَجة؛ لأنه مُتبرِّعٌ في الجَودة، ورَجَع الْمُشتَري على البائِع بالجيِّد؛ لقِيامه مَقامَه.

وإن هَلَكت قبلَ قبضٍ، وكَفَل بأمرٍ: اتَّبع الْمُشتري البائِعَ، لا الكَفيلَ.

وإن هَلَكت الأمةُ قبلَ القبضِ، وقد كَفَل بأمرٍ: رَجَع الْمُشتَري على البائِع، ولا يَرجِعُ الكَفيلُ على البائِع؛ لأنه لم يَظهَر بُطلانُ الكَفالةِ، فكان الأداءُ بحُكم كَفالةٍ

صَحيحةٍ، فصار مِلكًا للبائع، ولم يَبقَ للكَفيل عليه سَبيلٌ، وصار أداؤُه بأمره كأداء الْمُشتَري، فكان له حقُّ الرُّجوعِ، ثم يَرجعُ الكَفيلُ على الْمُشتَري.

وكذا الرَّدُّ بخِيار رُؤيةٍ، وشرطٍ، وعَيبٍ.

وكذا الرَّدُّ بخِيار رُؤيةٍ، وشرطٍ، وعَيب، قبلَ القبضِ أو بعدَه، بقَضاءٍ أو بغَيره؛ لأنه لم يَظهَر[1] عدَمُ وُجوبِه.

صحَّ صُلحُ الفُضوليِّ، لا بيعُه.

وصَحَّ صُلحُ الفُضُوليِّ مع البائِعِ عن الثَّمَن بالدَّنانير؛ لأنه إسقاطٌ، فصَحّ، كالخُلع من الأجنَبيّ، لا بيعُه، أي: لو باع بالثَّمَن خَمسين دِينارًا لا يَصِحُّ؛ لأنه غيرُ واجِبٍ عليه، فكان تَمليكَ الدَّينِ من غَير مَن عليه الدَّينُ.

والْمَأمورُ بقَضاء الثَّمَنِ: كالكَفيل في كلِّ ما مرّ، إلا أنه يَرجِعُ بما أدّى، والكَفيلُ بما التزَم.

والْمَأمورُ بقَضاء الثَّمَنِ[2]: كالكَفيل في كلِّ ما مَرّ؛ إلا أنه يَرجِعُ بما أدّى، والكَفيلُ بما التزَم، وقد مَرّ.

وإنما يَرجِعان لو ثَبَت قَضاءُ الدَّينِ ببيِّنةٍ، فلو جَحَده ربُّ الدَّينِ، وأخَذه: لا.

وإنما يَرجِعان إذا ثَبَت قَضاءُ الدَّينِ ببيِّنةٍ أو بتَصديق ربِّ الدَّينِ[3]، فلو جَحَد ربُّ الدَّينِ، وأخَذ دَينَه: لا يَرجِعان على الآمرِ[4]؛ لأن حقَّ الرُّجوعِ يَثبُتُ ضِمنًا للقَضاء،

---

(١) في (هـ): لأنه يظهر.

(٢) في (هـ): الدين.

(٣) في (هـ): المال.

(٤) في (هـ): البائع.

ولم يَثبُت[1].

وكذا لو أمَره ببَيع عبدِه مِن طالِبه بدَينه، أو صُلحِه، أو رَهْنِه به.
ولو قال: (ادفَع إليه ألفًا يَقبِضُها بحقِّه -أو ليَقبِضَها- على أنِّي ضامِنٌ لك)، فصدَّقه الآمِرُ في الدَّفع، وكَذَّبه الطّالبُ: رَجَع الْمَأمورُ على الآمِر، بخِلاف قولِه: (قَضاءً بحقِّه).

وكذا لو أمَره ببَيع عبدِه من ربِّ دَينِه بدَينه، أو صُلحِه، أو رهنِه به.

ولو قال: (ادفَع إليه ألفًا يَقبِضُها بحقِّه -أو ليَقبِضَها- على أنِّي ضامِنٌ لك)، فصدَّقه الآمِرُ في الدَّفع، وكَذَّبه الطّالبُ: رَجَع الْمَأمورُ على الآمِر؛ لأنه أمَره بالدَّفع مُطلَقًا.

وقولُه: (يقَبضها) أو (ليَقبِضَها): مَشورةٌ، بخِلاف قولِه: (قَضاءً بحقِّه)؛ حيث لا يَرجِعُ الْمَأمورُ عليه؛ لأنه أمَرَه بدَفع مَوصوفٍ بصِفةِ أنه قَضاءٌ، ولم يَثبُت الوصفُ.

أودَعه ألفًا، أو عبدًا، وأذِن أن يَقضِيَ بها دَينَه، أو يُصالِحَ عليه، فقال: (فَعلتُ)، وكَذَّبه غَريمُه، وأخَذ منه: ضَمِن الوَديعةَ، بخِلاف أمرِه ببَيعه بدَينه أو برَهْنه.

أودَعه ألفًا أو عبدًا، وأذِن الْمُودِعُ للمُودَع أن يَقضيَ بالألف الوَديعةِ دَينَه، أو يُصالِحَ غَريمَه من دَينه على العَبد، فقال: (فَعلتُ)، وكَذَّبه غَريمُه، وأخَذ حقَّه من الْمَديون بعدَما حَلَف: ضَمِن الْمَديونُ الوَديعةَ؛ لأنه أقَرَّ بفِعلٍ مَضمونٍ؛ وهذا لأن دفعَ الأمانةِ إلى غير صاحِبِها سببُ الضَّمانِ في الأَصل، وإنما يَخرُجُ من أن يَكونَ سببًا إذا كان الدَّفعُ بإذن صاحِبِها، والإذنُ بِجهة القَضاءِ فإذا لم يَثبُت القَضاءُ صار مُضيِّعًا للأمانة، فيَضمَنُ.

بخِلاف أمرِه ببَيعه بدَينه أو برَهنه، أي: لو أذِن ربُّ العبدِ للغَريم أن يَبيعَه بدَينه، فقال: (بِعتُ وسَلَّمتُ)، وكَذَّبه ربُّ الدَّينِ، وحَلَف عليه: فإن الْمُودَعَ لا يَرجِعُ على

---

(١) في (هـ): ولم يثبت نصًّا.

الْمَديون؛ لأن البيعَ وَقَع للآمِرِ؛ لأنه وَكيلٌ بالبَيع، فلا يَضمَنُ به ما لم يَظهَر قَضاءُ الدَّينِ من ثَمَنه، ولم يَظهَر.

وكذا قَضاءُ الدَّينِ لا يَقَعُ بنَفس الرَّهنِ، وإنما يَقَعُ بالْمُقاصّة عندَ هَلاكِ الرَّهنِ، فكان الْمَديونُ في الرَّهن والتَّسليمِ عامِلًا لصاحِب العبدِ، كما في فَصل البيعِ.

الأصلُ: أن الكَفالةَ بالنَّفس ليست بمالٍ، والكَفالةَ بالمال وإن كانت مُضافةً: بمَنزِلة المالِ.

مَريضٌ أبرَأ عن قَوَدٍ وكَفالةٍ بالنَّفس، لا بالمال.. عن ابنٍ وأجنَبيٍّ: صحّ.

والْمَريضُ فيما لا يَتعلَّقُ به حقُّ الوَرَثةِ والغُرَماءِ: كالصَّحيح.

مَريضٌ أبرَأ عن القَوَد أو الكَفالةِ بالنَّفس عن أبِيه: صَحّ، وكذا عن أجنَبيٍّ وعلى الْمَريض دُيونٌ؛ لأن حقَّ الغُرَماءِ والوَرَثةِ يَظهَرُ في المالِ، ولم يُوجَد.

بخِلاف الكَفالةِ بالمال؛ لأن الْمُستحَقَّ بها المالُ، فكان وصِيّةً للوارِث، حتى لو كَفَل بنَفس رَجُلٍ على أن يُوافِيَ به يومَ كذا، فإن لم يُوافِ به فعليه الألفُ الذي عليه، فأبرَأه عن الكَفالتَين في مَرَضه: بَرِئ عن النَّفس دونَ المالِ.

ادَّعى أنه كَفَل بنَفس غائبٍ، فشَهِد غَريماه: قُبِل إن لم يكن الْمُدَّعى مُشتركًا.

ادَّعى أنه كَفَل بنَفس غائبٍ، فشَهِد غَريماه: يُقبَلُ إن لم يكن الْمُدَّعى مُشتركًا[1].

صُورتُه: ثَلاثةُ نَفَرٍ، لكلِّ واحِدٍ منهم على رَجُلٍ ألفُ دِرهَمٍ غيرُ مُشترَكٍ بينَهم، فشَهِد اثنان منهم للثالِث على رَجُلٍ أنه كَفَل له بنَفس الْمَطلوبِ: يُقبَلُ؛ لأنه لا حقَّ لهما في الْمَشهود به، وإنما يَحصُلُ لهما نفعُ التَّوصُّلِ إلى مُلازَمته اتِّفاقًا لا بشَهادتهما.

---

(١) في (هـ): شريكًا.

وإن كان الدَّينُ مُشتركًا بينَهم: لا تُقبلُ شَهادتُهما؛ لأن الشِّرْكةَ في أصل المالِ ثابتةٌ، فكانت شَهادتُهما لأنفُسهما.

(ادفَع إليه كذا)، وهو يَسمَعُ، أو (أعطِه على أنّي ضامِنٌ)، ففَعَل: فالآمِرُ مُستقرِضٌ، والقابِضُ وَكيلٌ..

رَجُلٌ قال لآخرَ: (ادفَع إلى فُلانٍ ألفًا) وهو يَسمَعُ، أو (أعطِه على أنّي ضامِنٌ)، ففَعَل: فالآمِرُ مُستقرِضٌ، والقابِضُ وَكيلٌ؛ لأنه أمَره بدَفع ألفٍ مَضمونٍ عليه، وأن[1] يَكونَ كذلك، إلا إذا كان مُستقرِضًا، فكان الوَكيلُ نائبًا في القَبض.

ولو زاد (عنه): فالقابِضُ مُستقرِضٌ، والآمِرُ كَفيلٌ، كـ(أقرِضْه ألفًا على أنّي ضامِنٌ).

ولو زاد: (عنه) فالقابِضُ مُستقرِضٌ، والآمِرُ كَفيلٌ؛ لأن الضَّمانَ عنه لا يَصِحُّ إلا بعدَ وُجوبِ الضَّمانِ على الأَصيل.

وكذا لو قال: (أقرِضْه ألفًا على أنّي ضامِنٌ)؛ لأنه أمَره بإقراضه إيّاه، وذا يَستَدعي ضَمانًا على القابِض، وقد جعَل ضَمانَه على نَفسه، فيَجِبُ الضَّمانُ عليه.

(أعطِه ألفًا): لم يَضمَن الآمِرُ، إلا أن يَكونَ خَليطَه.

ولو قال: (أعطِه ألفًا) لم يَضمَن الآمِرُ إلا أن يَكونَ خَليطَه[2]؛ لأن مُقدِّمةَ الخِلطةِ أغنَت عن اشتِراط الضَّمانِ؛ إذ الشِّرْكةُ وَقَعت على أن كلَّ ما يَدفَعُ أحَدُهما بأَمر صاحِبِه كان استِقراضًا، فيَضمَنُ الآمِرُ دونَ القابِضِ.

(ادفَع إليّ) أو (أعطِني): ضَمِن، ولو قال: (على أن فُلانًا ضامِنٌ)، وقَبِل: فهو

---

(١) في (ج): ولن.

(٢) في (ب): خليطًا له.

كَمِيلُه، كـ (أعطِه على أنّي ضامنٌ)، فقال: (نعم).
(أعطِني على أنه ضامِنٌ)، (هَبْ له على أنّي ضامِنٌ)، أو (هَبْ لي على أنه ضامِنٌ)، وقَبِل: فهو قرضٌ على الضّامِن، وكذا الصَّدَقةُ.

ولو قال: (ادفَع اليّ) أو (أعطِني): ضَمِن.

ولو قال: (على أن فُلانًا ضامِنٌ)، وقَبِل: فهو كَفيلُه.

ولو قال: (أعطِه[1] ألفًا على أني ضامِنٌ)، فقال: (نعم، أعطِني ألفًا على أنه[2] ضامِنٌ): فالقرضُ على القابِض[3]، والآخَرُ[4] كَفيلُه.

ولو قال: (هَب له ألفًا على أني ضامِنٌ)، أو (هَب لي ألفًا على أنه ضامِنٌ)، وقَبِل: فهو قرضٌ على الضّامِن.

أما المَسألةُ الأولى: فلأن قولَه: (على أني ضامِنٌ) يقتَضي سببًا، ولا سببَ هنا سِوى القرضِ؛ إذ لا ضَمانَ على المَوهوب له ليُجعَلَ هذا كَفيلًا عنه، فكأنه قال: (أقرِضني[5] وادفَعه إلى فُلانٍ، فإنه وَكيلي بالقبَض، ثم هو هِبةٌ له مني).

وأما الثّانيةُ: فلأن قولَه: (هَب لي) لا يَحتمِلُ القرضَ، فبَقِي قولُه: (على أنه ضامِنٌ) بلا مُعارِضٍ، فوَجب العمَلُ به.

والصَّدَقةُ كالهِبة في المَسألتَين.

---

(١) في (د): أعطني.

(٢) في (د): أني.

(٣) في (د): الآمر.

(٤) في (د): والآمر.

(٥) في (هـ): أقرضه.

(هَبْ له ألفًا عنِّي): لم يَضمَن الآمِرُ، وهو واهِبٌ، وكذا الصَّدَقةُ.

ولو قال: (هَب لفُلانٍ ألفًا عني)، ففعَل: لم يَضمَن الآمِرُ؛ لأن الضَّمانَ غيرُ مَذكورٍ، وللآمِرِ أن يَرجِعَ على القابِض؛ لأنه واهِبٌ له، وكذا الصَّدَقةُ.

(اقضِه -أو أعطِه- عنِّي ألفًا): اتَّبَع الآمِرَ، وإن لم يَقُل: (عنِّي) لا(س).

ولو قال: (اقضِ فُلانًا عني ألفًا)، أو (أعطِه عني ألفًا)، فأَعطاه: اتَّبَع الآمِرَ؛ لأن قولَه: (اقضِ عني) للتَّمليك[1] بعِوَضٍ، فكأنه قال: (أقرِضني، ثم كُن وَكيلي بشِراء ما في ذِمَّته)، والإعطاءُ يُستعمَلُ في القَضاء، يُقالُ: (أعْطَىٰ دَينَه)، أي قَضاه[2].

وإن قال: (اقضِ فُلانًا ألفًا)، ولم يَقُل: (عني): لا يَرجِعُ على الآمِرِ إذا لم يكن خَليطًا له ولا في عِياله.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: يَرجِعُ عليه؛ لأنه أمَره بالقَضاء، والقَضاءُ يَتلو الوُجوبَ، فكان أمرًا بقَضاء الدَّينِ ظاهِرًا، والظّاهرُ أن الإنسانَ يَأمُرُ غيرَه بقَضاء دَينِ الآمِرِ لا بقَضاء دَينِ الْمَأمورِ، فكأنه قال: (اقضِ عني).

ولأبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ: أنه يَحتمِلُ قَضاءَ الدَّينِ عن نَفسه، ويَحتمِلُ قَضاءَه عن الآمِرِ، فلا يَثبُتُ له الرُّجوعُ بالشَّكِّ، كقَوله: (ادفَع إليه).

نَصرانيٌّ أقرَض مِثلَه خمرًا، فأسلَم، أو أسلَما معًا: بَطَل الخمرُ.
ولو أسلَم الْمُستقرِضُ: تَتحوَّلُ قِيمةً(س).

الأصلُ: أن إسلامَ الطّالبِ يُبطِلُ الخمرَ أصلًا؛ لأن امتِناعَ التَّسليمِ جاء من قِبَله؛ لإسلامه.

---

(١) في (ج) و(د): اقض للتمليك.

(٢) في (هـ): قضاءه.

وإسلامُ الْمَطلوبِ كذلك عندَ أبي يوسف[1]؛ لتَعذُّر التَّسليمِ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يُبطِلُه، بل يُحوِّلُه إلى القِيمة؛ لأن الامتِناعَ ما جاء من قِبَل صاحِبِ الحقِّ، بل جاء من قِبَل من عليه الحقُّ بإسلامه، فصار كالْمُسلِم إذا استَهلَك خمرَ الذِّمِّيّ، فإنه يَضمَنُ القِيمةَ، كذا هنا.

والكَفيلُ مَطلوبٌ في حقِّ الطّالبِ، طالِبٌ في حقِّ الْمَطلوبِ.

نَصرانيٌّ أقرَض مِثلَه خمرًا، فأسلَم الْمُقرِضُ، أو أسلَما معًا: بَطَل الخمرُ.

ولو أسلَم الْمُستقرِضُ وحدَه: فكذلك عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَتحوَّلُ إلى القِيمة.

ولو كَفَل بها نَصرانيٌّ: لا تَتحوَّلُ عليه، وإن أدّى: رَجَع بقِيمتها، وبَرِئا بأَداء الأصيلِ القِيمةَ.

ولو كَفَل بها نَصرانيٌّ لا يَتحوَّلُ عليه؛ لعَدَم الْمُغيِّرِ، وإن أدّى الخمرَ رَجَع على الأَصيل بقِيمتها؛ لأن الأصيلَ مَطلوبٌ في حقِّ الكَفيلِ، فإسلامُه يُوجِبُ القِيمةَ.

فإن أخَذ الطّالبُ القِيمةَ من الأَصِيل بَرِئَ الأصيلُ والكَفيلُ.

ولو أسلَم الأصيلُ، ثم كَفيلُه: يَتحوَّلُ عليهما، ورَجَع الكَفيلُ.

ولو أسلَم الأصيلُ ثُم كَفيلُه: صار ما على كلِّ واحِدٍ قِيمةً؛ لأنهما مَطلوبان في حقِّ الْمُقرِضِ، ورَجَع الكَفيلُ على الأَصِيل بالقِيمة إن أخَذ الْمُقرِضُ القِيمةَ منه؛ لأن الكَفيلَ إن كان طالِبًا في حقِّ الأصيلِ، لكنه أسلَم بعدَما صارت الخمرُ قِيمةً على الأَصِيل.

وإن أسلَم الكَفيلُ فقط: يَتحوَّلُ ما عليه فقط، ولا يَرجِعُ.

---

(١) في (هـ): أبي حنيفة.

وإن أسلَم الكَفيلُ فقط: يَتحوَّلُ ما عليه قِيمةً، وبَقِي على الأصِيل عَينُ الخمرِ، ولا يَرجِعُ الكَفيلُ على الأصِيل إن أخَذ القِيمةَ من الكَفيل؛ لأن الكَفيلَ طالِبٌ في حقِّه، وقد أسلَم وحقُّه قِبَلَه في الخَمر، فبَطَل أصلًا.

وإن أسلَم الكَفيلُ أوَّلًا، أو أسلَما معًا: طُولِبا بقِيمتها، ولا يَرجِعُ.

وإن أسلَم الكَفيلُ ثم الْمُستقرِضُ، أو أسلَما معًا: طُولِبا بقِيمتها، ولا يَرجِعُ الكَفيلُ على الأصِيل؛ لأنه حينَ أسلَم الكَفيلُ كان حقُّه في عَين الخمرِ، فبَطَل.

ولو أسلَم الْمُستقرِضُ، ثم الْمُقرِضُ، ثم الكَفيلُ: يَتحوَّلُ ما على الأَصيل، وبَرِئ كَفيلُه، وبعَكسه بَرِئا.

ولو أسلَم الْمُستقرِضُ، ثم الْمُقرِضُ[1]، ثم الكَفيلُ: يَتحوَّلُ ما على الأصِيل قِيمةً، وبَرِئ كَفيلُه.

وبعَكسه: بَرِئا، أي: إن أسلَم الكَفيلُ، ثم الْمُقرِضُ، ثم الْمُستقرِضُ: بَرِئا.

أما الْمُستقرِضُ: فلإسلام الطّالبِ قبلَه، وأما الكَفيلُ: فلأن بَراءةَ الأصيلِ تَتضمَّنُ بَراءةَ الكَفيلِ.

نَصرانيٌّ خالَع نَصرانِيّتَين على خمرٍ، على أن كلَّ واحِدةٍ كَفيلٌ، فأسلَم، أو أسلَموا معًا: بَرِئتا عن الكَفالة، ويَتحوَّلُ ما عليهما.

نَصرانيٌّ خالَع نَصرانيّتَين على خمرٍ على أن كلَّ واحِدةٍ كَفيلٌ[2]، فأسلَم أو أسلَموا معًا: بَرِئتا عن الكَفالة، ويَتحوَّلُ ما عليهما إلى القِيمة؛ لبَقاء السَّببِ، وهو الخُلعُ، وتَعذَّر

---

(١) في (ب): ولو أسلم المقرض ثم المستقرض.

(٢) في (هـ): كفيلة.

تَسليمُ عَينِ الخمرِ، فيُتحوَّلُ إلى القِيمة.

وإن أسلَمت إحداهما: يَتحوَّلُ ما عليهما، ولا تَرجِعُ إن أدَّت، والكافِرةُ تَرجِعُ.

وإن أسلَمت إحداهما: يَتحوَّلُ ما عليها[1] قِيمةً، ويَبقى ما على الأُخرى خمرًا.

فإن أدَّت الْمُسلِمةُ القِيمةَ: لا تَرجِعُ على صاحِبتها؛ لبُطلان حقِّها في الخَمر بإسلامها.

وإن أدَّت الكافِرةُ جَميعَ الخمرِ: تَرجِعُ على الْمُسلِمة بقِيمة ما أدَّت عنها من الخَمر؛ لأن الْمُسلِمةَ مَطلوبةٌ[2] في حقِّها، فإسلامُها يُوجِبُ القِيمةَ.

وإن أسلَمتا معًا، ولم يُسلِم: يَتحوَّلُ ما على كلٍّ، ولا تَرجِعُ إن أدَّت.

وإن أسلَمتا معًا، ولم يُسلِم الزَّوجُ: يَتحوَّلُ ما على كلِّ واحِدةٍ قِيمةً، للكَفالةِ والأصالةِ جَميعًا؛ لأنهما مَطلوبتان[3] في حقِّ الزَّوجِ.

وأيَّتُهما أدَّت كلَّ القِيمةِ: لا تَرجِعُ على صاحِبتها بشيءٍ؛ لأنها طالِبةٌ في حقِّ صاحِبتِها فيما كَفَلت عنها، وإسلامُ الطّالبِ يُبطِلُ الخمرَ أصلًا.

ولو تَعاقَبتا: يَتحوَّلُ ما عليهما، والثّانيةُ تَرجِعُ فقط.

ولو تَعاقَبتا: يَتحوَّلُ ما عليهما قِيمةً.

فإن أدَّت الْمُسلِمةُ الثّانيةَ: تَرجِعُ على صاحِبتها بما أدَّت عنها؛ لأن حقَّها صار قِيمةً قبلَ إسلامِها بإسلام صاحِبتِها، فلا يَبطُلُ بإسلامها بعدَه.

---

(١) في (ب) و(هـ): ما عليهما.

(٢) في (ب): مظلومة.

(٣) في (ب): مظلومتان.

وإن أدَّت المُسلِمةُ أوَّلًا: فلا تَرجِعُ على صاحِبتها؛ لأنها طالِبةٌ، وقد أسلَمت أوَّلًا وحقُّها في عَين الخمرِ، فبَطَل أصلًا.

ولو أسلَمت إِحداهما، ثم زوجُها، ثم الأُخرى: يَتحوَّلُ كلُّ ما على الأُولى، ولا تَرجِعُ، ويَتحوَّلُ ما على الأُخرى أصالةً فقط.

ولو أسلَمت إِحداهما، ثم الزَّوجُ، ثم الأُخرى: تَحوَّل كلُّ ما على الأُولى قِيمةً؛ لإسلامها قبلَ إسلامِ الزَّوجِ، ولا تَرجِعُ على صاحِبتها بشيءٍ؛ لِما مَرّ، وتَحوَّل قِيمةُ ما على الأُخرى أصالةً، وبَطَل حقُّ الزَّوجِ فيما عليها كَفالةً؛ لإسلامه قبلَ إسلامِها.

نَصرانِيٌّ صالَح نَصرانِيَّين عن دمٍ له عليهما على خمرٍ، وكَفَل كلٌّ عن الآخَر: فهي كالخُلع فيما مرّ.

نَصرانِيٌّ صالَح نَصرانِيَّين عن دمٍ له عليهما على خمرٍ، وكَفَل كلٌّ عن الآخَر: فهي كالخُلع فيما مَرَّ بلا تفاوُتٍ.

عبدٌ بينَ نَصرانِيَّين، كاتَباه واحِدةً على خمرٍ، فأسلَم أحَدُهما: صار الكلُّ قِيمةً، وبقِيَت كِتابتُه[1].

وكذا لو كان لواحِدٍ، فمات، وأسلَم أحَدُ وَرَثتِه، أو كاتَب عَبدَيه، وكَفَل كلٌّ عن صاحِبه، فأسلَم المَولى، أو أحَدُهما.

عبدٌ بينَ[2] نَصرانِيَّين، كاتَباه كِتابةً واحِدةً على خمرٍ، فأسلَم أحَدُهما: صار الكلُّ قِيمةً، وبقِيت الكِتابةُ.

---

(١) في (ف): وبطلت كفالته.

(٢) في سوى (ج) و(هـ): عبدين.

وكذا لو كان العبدُ لواحِدٍ فمات، وأسلَم أحدُ وَرَثتِه.

وكذا لو كاتَب عبدَيه كِتابةً واحِدةً، وكَفَل كلٌّ عن صاحِبه، فأسلَم الْمَولى أو أحَدُهما.

نَظيرُه: كاتَبهما، أو كاتَبا عبدًا لهما.. على رُطَبٍ، فانقطَع، وقُضِي[1] بقِيمته على أحَدهما.

نَظيرُه: كاتَبهما، أو كاتَبا عبدًا لهما.. على رُطَبٍ، فانقطَع، وقُضِي بقِيمته على أحَدهما: صار ما على الآخَر قِيمةً؛ إذ لو بَقِي رُطَبًا لتفرَّقت الكِتابةُ.

أقرَضاه رُطَبًا، فانقطَع، وقُضِي لأحَدهما بالقِيمة، فعاد قبلَ قبضِه: فحقُّه فيها، لا فيه.

أقرَضاه رُطَبًا، فانقطَع، وقُضِي لأحَدهما بقِيمة حِصّتِه، فعاد زَمانُ الرُّطَبِ: فحقُّه في القِيمة لا في الرُّطَب؛ لأن القاضِيَ نَقَل حقَّه من الرُّطَب إلى القِيمة.

فلو قَبَضها[2] اتَّبَعَ شَريكُه غَريمَه بالرُّطَب، أو اتَّبَعه، وله أن يُشرِكَه[3]، أو يَغرَمَ رُبُعَ الدَّينِ، وحِصّتُه لهما.

فلو قَبَضها[4] اتَّبَع شَريكُه غَريمَه بالرُّطَب أو اتَّبَعه، وله أن يُشرِكَه فيما أخَذ من القِيمة أو يَغرَمَ له رُبُعَ الدَّينِ، وما بَقِي على الغَريم من الرُّطَب يَكونُ بينَهما نِصفَين.

كَفَل برُطَبٍ، وقُضِي بالقِيمة على أَصيله: لا يَتحوَّلُ عنه، ورَجَع به إن أدّى، والله أعلَمُ.

---

(١) في (ف): قضي.

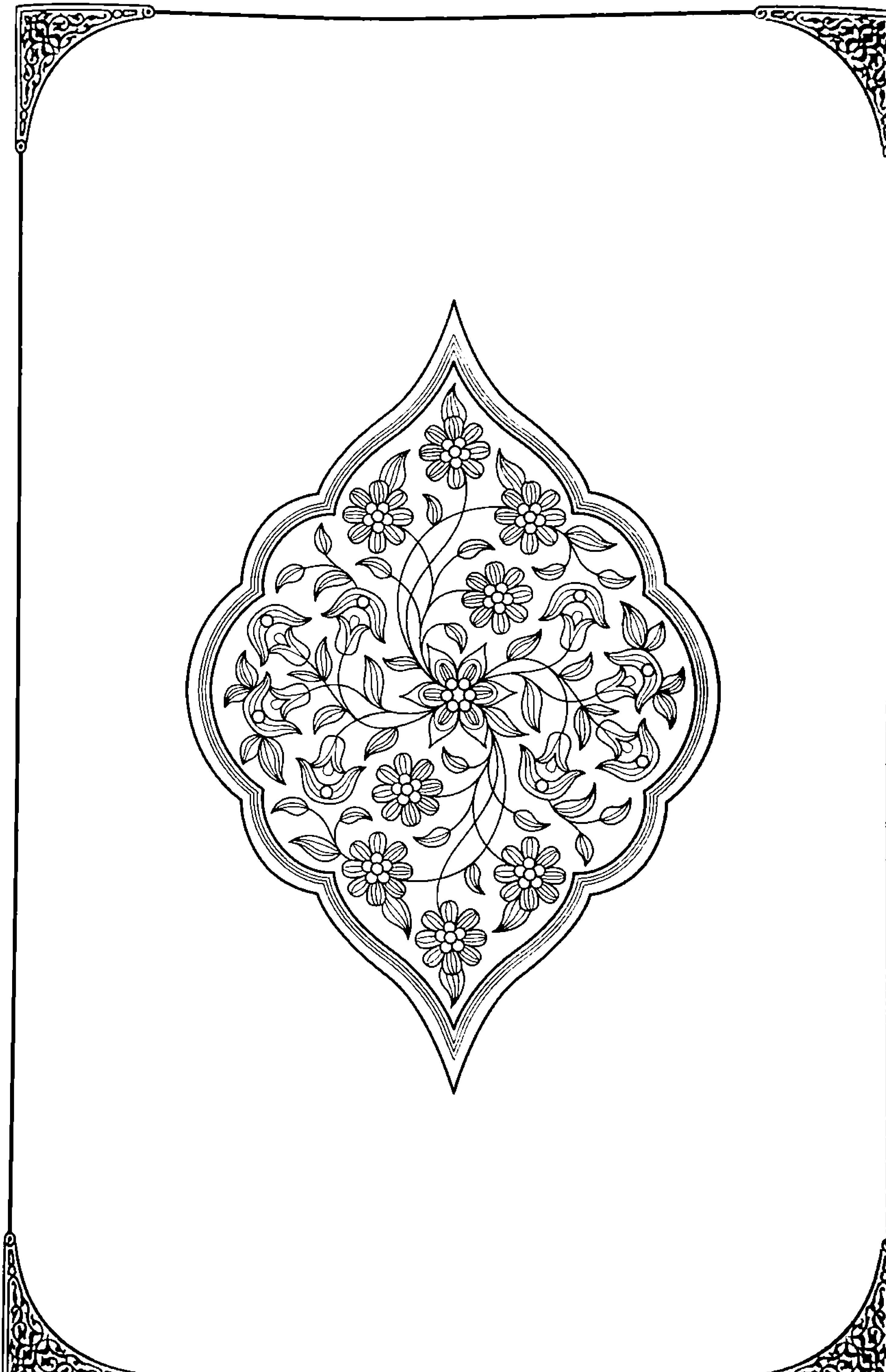
(٢) في (ف): فلو قبضه، وفي نسخة: قبضهما.

(٣) التشريك: بيع بعض ما اشترى بحصته بما اشتراه به. «الطلبة» ص١١١.

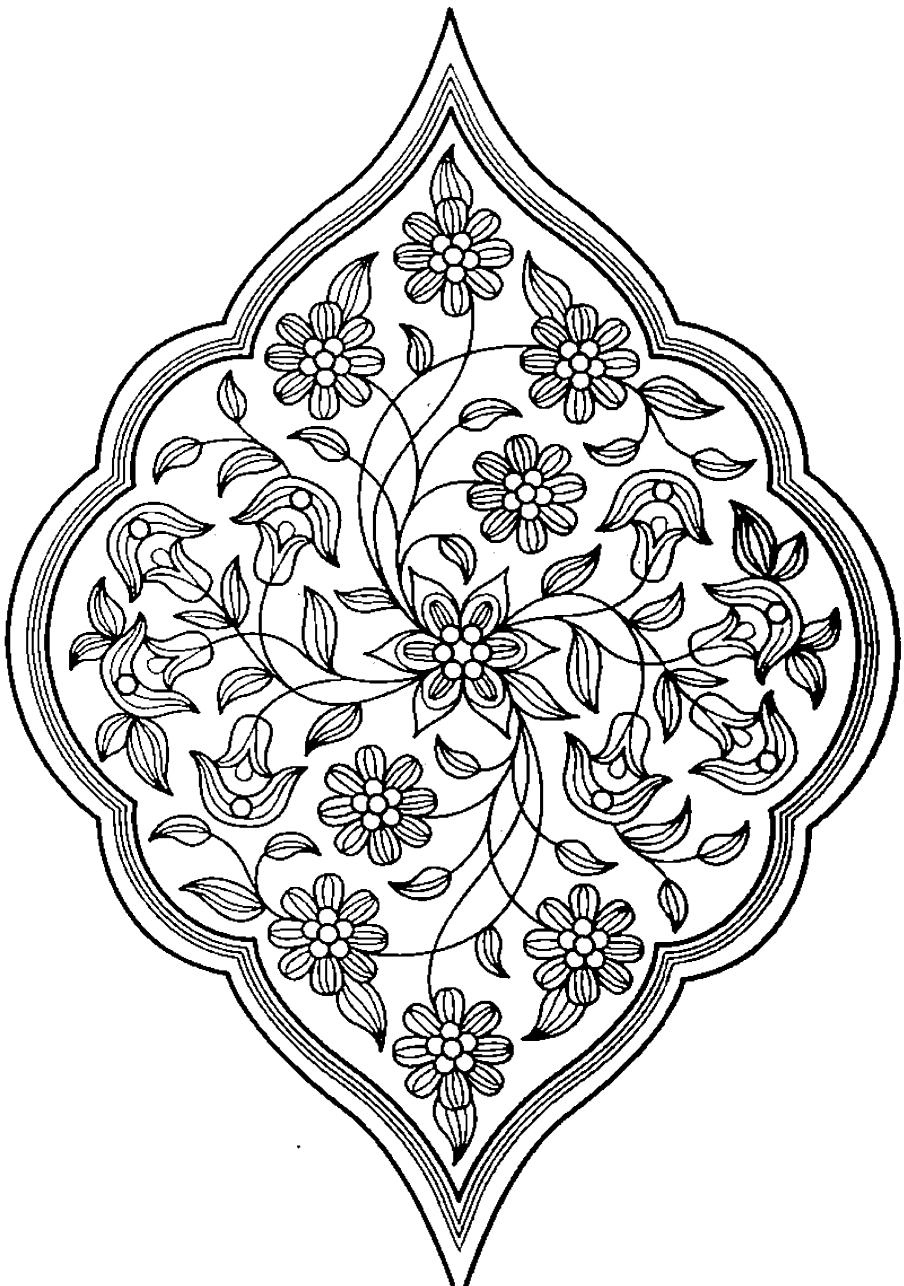
(٤) في (ب) و(هـ): قبضهما.

كَفَل برُطَبٍ، وقُضِي بالقِيمة على أصيله لانقِطاع أوانِه: بَقِي على الكَفيل عَينُ الرُّطَبِ، ولا يَتحوَّلُ عنه؛ لعَدَم الْمُغيِّرِ.

وإن أخَذ القِيمةَ من الأصِيل بَرِئَ الكَفيلُ، وإن أدّى الرُّطَبَ رَجَع به على الأصِيل.



كِتَابُ الحَوَالَةِ



كِتَابُ الحَوَالَةِ

كِتابُ الحَوالةِ[1]

نقلُ الدَّينِ من ذِمّةٍ إلى ذِمّةٍ.

الحَوالةُ: هي اسمٌ بمَعنى الإحالةِ.

يُقالُ: أحَلتُ زيدًا بما لَه عليَّ على رَجُلٍ، فاحتَال زَيدٌ به على الرَّجُل، فأنا: **مُحِيلٌ**، وزيدٌ: **مُحالٌ ومُحتالٌ**، والمالُ: **مُحالٌ به**، والرَّجُلُ: **مُحالٌ عليه ومُحتالٌ عليه**.

وتَقديرُ الْمُحتالِ في الفاعِل: مُحْتَوِلٌ بالكَسر، وفي الْمَفعول: بالفَتح.

وقولُهم للمُحتال[2]: الْمُحتالُ له: لغوٌ؛ لأنه لا حاجةَ إلى هذه الصِّلةِ.

ويُقالُ للمُحتال: حَوِيلٌ، كذا في «الْمُغرِب».

---

(١) الحوالة: من التحول بمعنى الانتقال. وفي الشرع: نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه. وإنما اختصت بالديون: لأنها تنبئ عن النقل والتحويل، وذلك في الدين لا في العين؛ لأن هذا نقل شرعي والدينَ وصف شرعي، فيظهر أثره في المطالبة، فجاز أن يؤثر النقل الشرعي في الثابت شرعًا، أما العين فحسي، فلا ينتقل بالنقل الشرعي بل يحتاج إلى النقل الحسي. «الدستور» ٢/ ٤٦.

والمحيل: هو المديون الذي أحال، والمحال له: هو الدائن، والمحال عليه: هو الذي قَبِل الحوالة، والمحال به: هو المال الذي أحيل. «التعريفات الفقهية» ص٨٢.

(٢) في (د): المحتال، وفي (هـ): للمحال.

وهي في الشَّريعة: نقلُ الدَّينِ من ذِمَّة الْمُحِيلِ إلى ذِمَّة الْمُحتالِ عليه.

وهي جائزةٌ بالدُّيون، قال عَلَيهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «من أُحِيل على مَلِيٍّ -أي غنيٍّ- فلْيَتبَعْ»[1]، فالأمرُ بالاتِّباع دَليلُ الجَوازِ.

ولأنه التَزم ما يَقدِرُ على تَسليمه، فيَصِحُّ؛ دفعًا للحاجة.

وخُصَّت بالدُّيون: لأنها تُنبِئُ عن النَّقل، والنَّقلُ في الدَّين لا في العَين؛ لأن هذا نقلٌ شَرعيٌّ، والدَّينُ وصفٌ شَرعيٌّ يَظهَرُ أثَرُه في الْمُطالَبة، فجاز أن يُؤثِّرَ النَّقلُ الشَّرعيُّ في الثَّابِت شرعًا، أما العَينُ: فحِسِّيٌّ، فلا يَنتقِلُ بالنَّقل الشَّرعيّ، بل يَحتاجُ إلى النَّقل الحِسِّيّ.

وتَصِحُّ فيه[2] بِرضا الْمُحتالِ والْمُحتالِ عليه.

ويَصِحُّ في الدَّين بِرضا الْمُحتالِ -أي الدّائنِ- والْمُحتالِ عليه -أي الذي قَبِل الحَوالةَ-.

أما الْمُحتالُ: فلأن الدَّينَ حقُّه، والدَّينُ يَنتقِلُ بالحَوالة، فلا بُدَّ من رِضاه بها؛ لتَفاوُتٍ في الذِّمَم.

وأما الْمُحتالُ عليه: فلأن الدَّينَ يَلزَمُه، فلا بُدَّ من التِزامه.

وأما رِضا الْمُحيلِ -وهو الْمَديونُ-: فليس بشرطٍ، ذَكَره في «الزِّيادات»، لأنه لا ضرَرَ له في التِزام الْمُحتالِ عليه الدَّينَ، بل فيه نفعُه؛ لأن دَينَه يَسقُطُ؛ لأنه يَتصرَّفُ في

---

(١) رواه بهذا اللفظ: الطبراني في «الأوسط» (٨٥٨٢)، ورواه البخاري (٢٢٨٧) ومسلم (١٥٦٤) بلفظ: عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «مطل الغني ظلم، فإذا أتبع أحدكم على مليٍّ فليتبع».

(٢) في (م): منه.

حقِّ نفسِه، والضَّررُ بالرُّجوع عليه، ولا يَرجِعُ عليه إذا لم يكن بأَمره؛ وهذا لأن الْمُحيلَ كالْمَكفول عنه، وتَصِحُّ الكَفالةُ بلا رِضا الْمَكفولِ عنه، فكذا تَصِحُّ الحَوالةُ بلا رِضا الْمُحيلِ.

وبَرِئ الْمُحيلُ.

وإذا تَمَّت الحَوالةُ بَرِئ الْمُحيلُ عن الدَّين بقَبول الْمُحتالِ.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَبرأُ الْمُحيلُ، كما في الكَفالة؛ لأن الْمَقصودَ بها التَّوثُّق، وذا في ازدِياد الْمُطالَبةِ -كما في الكَفالة- لا في سُقوط ما كان له من الْمُطالَبة.

ولنا: أن الأحكامَ الشَّرعيّةَ تكونُ على وَفق الْمَعانِي اللُّغَويّة، ومَعنى الكَفالةِ الضَّمُّ، فيَقتضي أن يَكونَ مُوجَبُها ضمَّ الذِّمّةِ إلى الذِّمّة، وذا لا يَتحقَّقُ مع بَراءةِ ذِمّةِ الأصيلِ، ومَعنى الحَوالةِ: النَّقلُ، وذا لا يَتحقَّقُ إلا بفَراغ ذِمّةِ الأصيلِ؛ لأن الدَّينَ متى انتَقل عن ذِمّةٍ لا يَبقى فيها، والاستِيثاقُ[1] يَحصُلُ باختِيار من هو أملأُ من الْمُحيل وأحسَنُ منه في القَضاء.

ولا يُقالُ: لو انتَقَل الدَّينُ من ذِمّة الْمُحيلِ إلى ذِمّة الْمُحتالِ عليه لَمَا أُجبِر على القَبول إذا نَقَد[2] الْمُحيلُ، كما لو تَبرَّع إنسانٌ بقَضاء دَينِه: لأنه يُحتمَلُ عَودُ الْمُطالَبةِ إلى الْمُحيل بالتَّوى، فلم يكن مُتبرِّعًا.

فإن قِيل: هو مُتبرِّعٌ حالَ أداءِ الدَّينِ؛ إذ لا دَينَ عليه في الحال قطعًا، وما ذَكَرتَ مَوهومٌ.

قُلنا: الْمُتبرِّعُ من يَقصِدُ الإحسانَ إلى الغَير من غَير أن يَقصِدَ دفعَ الضَّرَرِ عن نَفسه

---

(١) في نسخة على حاشية (أ): الاستيسار. وانظر «التبيين» ٤/ ١٧١

(٢) في (ب): تقدم، وفي (د): نقل.

أصلًا، وهو بهذا الأداءِ قَصَد دفعَ الضَّررِ عن نَفسه؛ حيث أسقَط من[1] نَفسه الْمُطالَبَةَ والحبسَ حالَ اعتِبارِه، فلا يَكونُ مُتبرِّعًا.

ولم يَرجِع الْمُحتالُ على الْمُحِيل إلا أن يَتوى حقُّه، فإذا تَوِي على الْمُحتال عليه عاد الدَّينُ إلى ذِمّة الْمُحيلِ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَعودُ إلى ذِمّة الْمُحيلِ وإن تَوِي؛ لأن ذِمّتَه بَرِئت بَراءةً مُطلَقةً؛ لأنها بَرِئت بالحَوالة، وهي مُطلَقةٌ، فلا تَعودُ إلا بسببٍ جَديدٍ؛ لأن السّاقطَ لا يَعودُ، كما لو بَرِئ بالإبراء.

ولنا: ما رُوِي عن عُثمانَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ مَوقوفًا ومَرفوعًا في الْمُحتال عليه إذا مات مُفلِسًا قال: يَعودُ الدَّينُ إلى ذِمّة الْمُحيلِ، وقال: لا تَوىٰ على مال امرِئٍ مُسلِمٍ[2].

ولأن الغرَضَ من شَرع الحَوالةِ التَّوصُّلُ إلى استِيفاء الحقِّ من المحَلِّ[3] الثّانِي، لا نفسُ الوُجوبِ؛ لأن الذِّمَمَ لا تَختلِفُ في الوُجوب، وإنما تَختلِفُ في حقِّ الإيفاءِ، فصارت السَّلامةُ من المحَلِّ الثّانِي كالْمَشروط في العَقد الأوّلِ؛ لِما أنها الْمَطلوبُ، فإذا لم يَحصُل الْمَشروطُ عاد حقُّه في الأَصل كما كان.

---

(١) في (ب): عن.

(٢) الموقوف: رواه الترمذي ٢/ ٥٩٢ معلقًا، ورواه الإمام أحمد في «العلل» (٢١٥٤)، وابن أبي شيبة (٢٠٧٢٤) والبيهقي (١١٣٩١) عن أبي إياس عن عثمان في الحوالة: يرجع، ليس على مال امرِئ مسلم توًى.

قال في «الجوهر النقي» ٦/ ٧١: وذكر أبو بكر الرازي -الجصاص- وغيره: أنه لا يُعلم لعثمان في ذلك مخالفٌ من الصحابة.

وأما كونه مرفوعًا، فقد ذكره غير واحد من أئمتنا، ولم أقف على إسناد له.

(٣) في (هـ): المحيل.

ولأن البَراءةَ حَصَلت بطَريق الانتِقالِ، فإذا لم يَسلَم له من المحَلّ الذي انتقَل إليه يَعودُ حقُّه إلى المحَلِّ الذي انتقَل عنه، كما لو اشتَرى بالدَّين شيئًا وهَلَك قبلَ القبضِ، فإن حقَّه يَعودُ في الدَّين كما كان، فكذا هنا.

والجامعُ: أنها سببٌ يَحتمِلُ الفسخَ، حتى لو تَراضَيا على فَسخ الحَوالةِ انفَسَخت، كما أن ذلك السَّبَبَ يَحتمِلُ الفسخَ.

وعاد بجُحوده ولا بيِّنة(ف).

وبمَوته مُفلِسًا ولم يَترُك كَفيلًا.

والتَّوى عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ أحدُ أمرَين: إما أن يَجحَدَ الْمُحتالُ عليه الحَوالةَ ويَحلِفَ على ذلك، ولا بيِّنةَ للطّالِب على ذلك، أو يَموتَ الْمُحتالُ عليه مُفلِسًا ولم يَترُك كَفيلًا؛ لأن التَّوى: ما يَتحقَّقُ عندَه[1] العجزُ عن الوُصول إلى الحقّ، وقد تَحقَّق بكلِّ واحِدٍ منهما.

وقالا: هذان ووجهٌ ثالِثٌ، وهو: أن يَحكُمَ الحاكِمُ بإفلاسه حالَ حَياتِه، وهذا بِناءً على أن الإفلاسَ لا يَتحقَّقُ بحُكم القاضِي عندَه؛ لأن المالَ غادٍ ورائِحٌ، فقد يُصبِحُ الرَّجُلُ فَقيرًا ويُمسِي غَنِيًّا، وبالعَكس.

وعندهما: يَتحقَّقُ، حتى يُعتبَرُ في حقِّ إخراجِه من السِّجن، فكذا في حقِّ غيرِه.

وإن مات الْمُحتالُ عليه مُفلِسًا، وتَرَك كَفيلًا كَفَل عنه بأَمره أو بغَير أمرِه: لا يَعودُ الدَّينُ إلى ذِمّة الْمُحيلِ؛ لأنه تَرَك ذِمّةً تُطالِبُ بالدَّين كذِمّته، ففات التَّوى.

وإن تَرَك رهنًا رَهَنه غيرُه.

(١) في (هـ): عند.

وإن تَرَكَ رهنًا رَهَنه غيرُه بأمره أو بغَير أمرِه، وسَلَّطه على البَيع أو لم يُسلِّطه: يَعودُ الدَّينُ إلى ذِمّة الْمُحيلِ؛ لأن عقدَ الرَّهنِ لم يَبقَ بعدَ موتِ الْمُحتالِ عليه مُفلِسًا؛ لأنه لَمّا مات مُفلِسًا لم يَبقَ الدَّينُ، والرَّهنُ بالدَّين ولا دَينَ: مُحالٌ.

طَلَبَ الْمُحتالُ عليه الْمُحيلَ بما أَحال، فقال: (أَحَلتُ بدَينٍ لي عليك): ضَمِن الْمُحيلُ.

وإذا طَلَبَ[1] الْمُحتالُ عليه الْمُحيلَ بمِثل ما أَحال[2]، فقال الْمُحيلُ: (أَحَلتُ بدَينٍ لي عليك): ضَمِن الْمُحيلُ مِثلَ الدَّينِ، ولا يُقبَلُ قولُه؛ لتَحقُّق سبَبِ رُجوعِ الْمُحتالِ عليه عليه[3]؛ لأنه قَضى دَينَه بأَمره، وهو سبَبُ الرُّجوعِ.

ثم الْمُحيلُ يَدَّعي على الْمُحتال عليه دَينًا، وهو يُنكِرُه، والقولُ للمُنكِر؛ لأن الأصلَ فَراغُ الذِّمَمِ.

قال الْمُحيلُ للمُحتال: (أَحَلتُك لتَقبِضَه لي)، فقال: (أَحَلتَني بدَينٍ لي عليك): فالقولُ للمُحِيل.

وإذا قال الْمُحيلُ للمُحتال: (أَحَلتُك لتَقبِضَه[4] لي، وكُنتَ وَكيلِي في قَبض ما لي على فُلانٍ، ولا شيءَ لك علي)، فقال الْمُحتالُ: (لا، بل أَحَلتَني بدَينٍ كان لي عليك): فالقولُ للمُحِيل؛ لأن الفَراغَ أصلٌ في الذِّمَم، والْمُحيلُ مُتمسِّكٌ بالأَصل، والْمُحتالُ مُتشبِّثٌ بالعارِض، فكان اعتِبارُ الأصلِ أحَقَّ.

فإن قِيل: إذا أحاله فقد أقَرَّ بالدَّين؛ لأن الحَوالةَ: نقلُ الدَّينِ من ذِمّةٍ إلى ذِمّةٍ.

---

(١) في (ب) و(هـ): طالب.

(٢) في (د): أحيل، وفي (هـ): احتال.

(٣) سقطت من النسخ سوى (أ).

(٤) في (ب): لتقبض، وفي (هـ): لتقضيه.

قُلنا: الحَوالةُ تُستعمَلُ في نَقل التَّصرُّفِ على طَريق التَّوكيلِ، ولهذا قال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا صار مالُ الْمُضارَبةِ دَينًا على النّاس، وامتَنَع الْمُضارِبُ عن التَّقاضِي، فقال[1] له: (أحِل ربَّ المالِ على الغُرَماء)، أي: وَكِّلْه، وتُستعمَلُ في نَقل الدُّيونِ، فلم يكن حُجَّةً للمُحتال.

على أن الْمُحيلَ صار مُعترِفًا بالدَّين، بل لَمّا كان مُحتمِلًا كان القولُ قولَ من اتَّهمه مع يَمينِه، ووَجَب القولُ بالأَدنى، وهو التَّوكيلُ.

الأصلُ: أن الحَوالةَ نَوعان: **مُقيَّدةٌ** بدَينٍ على الْمُحتال عليه، أو بعَينٍ في يَده بغصبٍ، أو وَديعةٍ، أو غيرِ ذلك، **ومُطلَقةٌ**، بأن يُرسِلَ الحَوالةَ إرسالًا، ولا يُقيِّدَها بدَينٍ أو عَينٍ، أو يُحيلَه على رَجُلٍ ليس له عليه دَينٌ، ولا في يَده عَينٌ له.

والحَوالةُ الْمُقيَّدةُ كما تَبطُلُ بمَوت الْمُحتالِ عليه مُفلِسًا.. تَبطُلُ بفَوات ما قَيَّد به الحَوالةَ إذا كان الفَواتُ لا إلى خَلَفٍ، أما إذا كان الفَواتُ إلى خَلَفٍ: فلا تَبطُلُ الحَوالةُ؛ لأن الفَواتَ إلى خَلَفٍ كلا فَواتٍ.

أَحال طالِبَه عليه ليُعطِيَه من دَينه، أو وَديعتِه، أو غصبِه: صَحَّت، ولا يَأْخُذُ الْمُحيلُ منه، فإن دَفَع ضَمِن للمُحتال، وهو أُسوةُ الغُرَماءِ(ز)[2] فيه بمَوت الْمُحيلِ، ولا يَرجِعُ بحِصّتهم على الْمُحتال عليه.

رَجُلٌ أَحال طالِبَه على مَديونه ليُعطِيَه من دَينه، أو وَديعتِه، أو غصبِه: صَحَّت؛ لأن الحَوالةَ الْمُقيَّدةَ تَتضمَّنُ أمرَين جائزَين عندَ الانفِرادِ، وهو تَوكيلُ الْمُحتالِ بقَبض الدَّينِ أو العَينِ من الْمُحتال عليه، وأمرُ الْمُحتالِ عليه بتَسليم ما عندَه أو عليه إلى الْمُحتال،

(١) في (ب) و(ج): يقال.

(٢) الأسوة: القدوة، أي يقتدي بهم، فيكون مثلهم. «المستعذب» ١/ ٢٦٨.

فكذا عندَ الاجتِماعِ.

ولا يَأخُذُ الْمُحيلُ ذلك من الْمُحتال عليه؛ لتَعلُّق حقِّ الْمُحتالِ به، كالرَّهن، فإنه لا يَملِكُ الرّاهنُ مُطالَبتَه؛ لتَعلُّق حقِّ الْمُرتهِنِ به.

وليس للمُحتال عليه أن يَدفعَها إلى الْمُحِيل؛ لِما ذَكَرنا، فإن دَفَع ضَمِن للمُحتال[1]؛ لأنه استَهلَك ما تَعلَّق به حقُّ الْمُحتالِ.

فإن مات الْمُحيلُ وعليه دُيونٌ قبلَ أن يَقبِضَ الْمُحتالُ دَينَ الحَوالةِ: فالدَّينُ الذي للمُحِيل على الْمُحتال عليه يُقسَمُ بينَ غُرَماءِ الْمُحيلِ والْمُحتالِ أُسوةَ الغُرَماءِ فيه.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ: كان ذلك للمُحتال[2] على الخُصوص؛ لأنه أَخَصُّ[3] به في حَياته، فكذا بعدَ مَماتِه، كالرَّهن في حقِّ الْمُرتهِن، ولهذا لم يَملِك الْمُحيلُ إبطالَه بالإبراء والهِبةِ.

ولنا: أن الدَّينَ في ذِمّة الْمُحتالِ عليه على مِلك الْمُحيلِ قبلَ قبضِ الْمُحتالِ؛ لأنه لو صار مِلكًا له لكان تَمليكَ الدَّينِ من غير مَن عليه الدَّينُ، ولهذا لو بَطَل دَينُ الْمُحتالِ بالإبراء كان الْمُحيلُ أحقَّ به.

وإذا بَقِي على مِلك الْمُحيلِ صار بينَ غُرَمائِه بالحِصَص، ولم يَختصَّ الْمُحتالُ به؛ لأن الاختِصاصَ بمِلكه رَقَبةً أو يدًا، والدَّينُ على الغَير لا يَقبَلُ التَّمليكَ بوجهٍ ما، بخِلاف الرَّهنِ؛ لأنه مِلكُه يدًا؛ لأنه بقَبضه صار مُستوفِيًا من وجهٍ، فكان أخصَّ به من سائِر الغُرَماءِ.

---

(١) في (ب): المحتال.

(٢) في (هـ): على المحتال.

(٣) في (ب): اختص.

وإذا قُسِم الدَّينُ بينَ غُرماءِ الْمُحيلِ: لا يَرجِعُ الْمُحتالُ بحِصّة الغُرَماءِ على الْمُحتال عليه؛ لأن الحَوالةَ كانت مُقيَّدةً بدَينٍ كان عليه، وقد استُحِقَّ ذلك، فتَبطُلُ الحَوالةُ؛ لفَوات ما قُيِّدت به.

ولو هَلَكت الوَديعةُ، أو استُحِقَّ الْمَغصوبُ أو الوَديعةُ: بَطَلت، وإن هَلَكَ الْمَغصوبُ لا.

ولو هَلَكت الوَديعةُ، أو استُحِقَّ الْمَغصوبُ أو الوَديعةُ: بَطَلت الحَوالةُ.

أما إذا هَلَكت الوَديعةُ: فلأن الْمُحتالَ عليه التزَم الأداءَ من محَلٍّ بعَينه، فلا يُلزَمُ الأداءَ من محَلٍّ آخرَ، فيَبرَؤُ بهلاكها، وكذا لو استُحِقَّت الوَديعةُ.

وأما إذا استُحِقَّ الْمَغصوبُ: فلأنه وَصَل إلى مالِكه، ووُصولُ الْمَغصوبِ إلى مالِكه يُوجِبُ بَراءةَ الغاصِبِ عن الضَّمان، ففات ما تَقيَّدُ[1] به الحَوالةُ لا إلى خَلَفٍ، فتَبطُلُ الحَوالةُ.

وإن هَلَك الْمَغصوبُ: لا تَبطُلُ الحَوالةُ؛ لأنه فات إلى خَلَفٍ، وهو الضَّمانُ، والخَلَفُ يَقومُ مَقامَ الأصلِ، وكان الْمَغصوبُ قائِمًا مَعنًى، فلا تَبطُلُ الحَوالةُ.

بخِلاف الوَديعةِ؛ لأنها هَلَكت لا[2] إلى خَلَفٍ؛ لأن الوَديعةَ أمانةٌ، وبالحَوالة لا تَخرُجُ من أن تكونَ أمانةً، وهَلاكُ الأمانةِ لا يُوجِبُ الضَّمانَ على الأمِين فما تَقيَّدُ به الحَوالةُ فات صُورةً ومَعنًى، فتَبطُلُ الحَوالةُ.

ولو أَحاله مُطلَقةً[3]: لا يَتعلَّقُ حقُّه بدَينه، ووَديعتِه، وغصبِه، وأدّى الْمُحتالُ عليه

(١) في (ب) و(هـ): تقيدت.

(٢) سقطت من (د).

(٣) الحوالة المطلقة: هي التي لم تقيد، بأن تعطى من مال المحيل الذي هو عند المحال عليه.=

دَينَه من ماله، وللمُحِيل قبضُها، فلو مات: قُسِمت بينَ غُرَمائِه والْمُحتالِ عليه منهم، دونَ الْمُحتالِ.

ولو أَحال حَوالةً مُطلَقةً: لا يَتعلَّقُ حقُّ الْمُحتالِ بالدَّين الذي للمُحِيل على الْمُحتال عليه، ولا بالوَديعة أو الغصبِ الذي عندَه، بل بذِمّة الْمُحتال عليه، ويَجِبُ على الْمُحتال عليه أداءُ دَينِ الْمُحتالِ من مال نفسِه.

وللمُحِيل أن يَقبِضَ دَينَه ووَديعتَه وغصبَه من الْمُحتال عليه.

ولا تَبطُلُ الحَوالةُ بأَخذه، فلو مات الْمُحيلُ قُسِم دَينُه ووَديعتُه وغصبُه الذي قَبلَ الْمُحتالُ عليه بينَ غُرَمائِه دونَ الْمُحتالِ؛ لأن الْمُحتالَ بالحَوالة صار غَريمَ الْمُحتالِ عليه، ولم يَبقَ غَريمَ الْمُحيلِ.

بخِلاف الحَوالةِ الْمُقيَّدةِ؛ لأن هناك لو لم يُشارِك[1] ابتِداءً لشارَكهم انتِهاءً؛ لأن الحَوالةَ تَبطُلُ بفَوات القيدِ، فيَعودُ الدَّينُ على الْمُحِيل، فيَصيرُ غَريمَ الْمُحيلِ، وهنا بخِلافه، فإذا أدّى الْمُحتالُ عليه دَينَ الحَوالةِ من مال نفسِه: رَجَع على الْمُحِيل وصار غَريمًا له، فيُحاصُّ[2] غُرَماءَه فيما أَخذوا.

ولو مُقيَّدةً[3] بدَينٍ، فأبرَأ الْمُحتالَ عليه: رَجَع الْمُحِيلُ به، ولو وَهَبه أو وَرِثه: لا، وإن لم يكن عليه دَينٌ يَنعكِسُ .

=«التعريفات الفقهية» ص٨٢.

(١) في (أ): يشاركه.

(٢) في (ب) و(ج): فيخاض، وفي (هـ): فيخاصم.

(٣) الحوالة المقيدة: هي الحوالة التي قيدت بأن تعطى من مال المحيل الذي هو في ذمة المحال عليه أو في يده. «التعريفات الفقهية» ص٨٢.

ولو كانت الحَوالةُ مُقيَّدةً بدَينٍ للمُحِيل على الْمُحتال عليه، فأبرَأ الْمُحتالُ الْمُحتالَ عليه عن دَين الحَوالةِ: رَجَع الْمُحيلُ بدَينه على الْمُحتال عليه؛ لأن دَينَه بعدَ الحَوالةِ باقٍ على مِلكه، وإنما لم يَملِك قبضَه: لأنه تَعلَّق به حقُّ الْمُحتالِ، فإذا زال حقُّه بالإبراء فله أن يَرجِعَ.

ولو وَهَب للمُحِيل، أو وَرِثه: رَجَع على الْمُحتال عليه لو بلا أمرٍ، وبأَمره لا.

ولو وَهَب الْمُحتالُ للمُحتال عليه، أو مات الْمُحتالُ، فوَرِثه الْمُحتالُ عليه: لا يَرجِعُ الْمُحيلُ على الْمُحتال عليه بدَينه؛ لأن الْمُحتالَ عليه مَلَك الدَّينَ بالهِبة أو الإرثِ؛ لأنهما من أَسباب الْمِلكِ، بخِلاف الإبراءِ؛ لأنه إسقاطٌ لا تَمليكٌ، فلم يَملِك الْمُحتالُ عليه ما في ذِمّته بالإبراء.

وإن لم يكن للمُحِيل على الْمُحتال عليه دَينٌ: ففي الهِبة والإرثِ يَرجِعُ الْمُحتالُ عليه على الْمُحِيل؛ لأنه مَلَك دَينَ الحَوالةِ بالهِبة والإرثِ، ولو مَلَكه بالأَداء يَرجِعُ إذا لم يكن للمُحِيل عليه دَينٌ، فكذا إذا مَلَكه بالهِبة والإرثِ، وفي الإبراء لا يَرجِعُ؛ لأنه لم يَملِك شيئًا.

وإن كانت الحَوالةُ بلا أَمر الْمُحيلِ: لا يَرجِعُ الْمُحتالُ عليه على الْمُحِيل في الهِبة والإرثِ، كما لا يَرجِعُ لو مَلَكه بالأَداء.

ولو وَهَب الْمُحتالُ دَينَ الحَوالةِ للمُحِيل، أو مات الْمُحتالُ، فوَرِثه الْمُحيلُ: رَجَع على الْمُحتال عليه لو كانت الحَوالةُ بلا أَمره؛ لأنه مَلَك دَينًا وقام مَقامَه، فيَرجِعُ، ولو كانت بأَمره: لا يَرجِعُ الْمُحيلُ على الْمُحتال عليه؛ لأنه لو رَجَع الْمُحيلُ على الْمُحتال عليه لرَجَع الْمُحتالُ عليه على الْمُحِيل؛ لأنها بأَمره، فلا يُفيدُ الرُّجوعُ.

وَهَب الدَّينَ من كَفيلٍ بأمرٍ: رَجَع على أَصيله.

وَهَب الدَّينَ للكَفيل[1] بأَمره: رَجَع على الأَصِيل، وإن كانت بلا أَمره لا يَرجِعُ؛ اعتِبارًا بما لو مَلَكه بالأَداء.

ولو أدّى في الْمُقيَّدة بالدَّين في مَرَض الْمُحيلِ: فالْمُحتالُ أَخَصُّ به، وما على الْمُحتال عليه بينَه وبينَ غُرماءِ الْمُحِيلِ.

ولو أَدّى الْمُحتالُ عليه دَينَ الحَوالةِ الْمُقيَّدةِ بدَينٍ عليه في مَرَض الْمُحيلِ، ثم مات الْمُحيلُ وعليه دُيونٌ: فالْمُحتالُ يَكونُ أخصَّ بما قَبَض؛ لأن الْمُحتالَ عليه أدّاه من مال نفسِه لا من مال الْمُحيلِ؛ إذ الدُّيونُ تُقضى بأَمثالها، وما على الْمُحتال عليه بينَه وبينَ غُرَماءِ الْمُحيلِ؛ لأن ما عليه من تَرِكة الْمُحيلِ، فيُقسَمُ بينَ غُرَمائِه، والْمُحتالُ عليه منهم.

ولو وَديعةً، أو غصبًا، فدَفَع في مَرَضه: صحّ، ولم يَسلَم للمُحتال.

ولو كانت الحَوالةُ مُقيَّدةً بوَديعةٍ أو غصبٍ عندَ الْمُحتالِ عليه، فدَفَع الْمُحتالُ عليه إلى الْمُحتال في مَرَض الْمُحيلِ، ثم مات: صَحّ؛ لأنه وافَق أمرَه، ولم يُسلَّم للمُحتال، بل غُرَماءُ الْمُحيلِ يَتَّبِعون الْمُحتالَ فيَأخُذون منه حِصَصَهم؛ لأنه عَينُ مالِ الْمُحيلِ، وقد تَعلَّق به حقُّ الغُرَماءِ لِمَرَضه.

فإن حَبَس الوَديعةَ، وأدّى من مال نفسِه: لم يَتبرَّع، كالوَكيل بالشِّراء، والنَّفَقةِ، وقَضاءِ الدَّينِ.

فإن حَبَس الْمُودَعُ الوَديعةَ وأدّى من مال نفسِه: لم يكن مُتبرِّعًا استِحسانًا؛ لحُصول مَقصودِ الآمِرِ، فكان إذنًا له دَلالةً، كالوَكيل بالشِّراء أو بالإنفاق على عِيال الْمُوكِّلِ أو

(١) في (ج): من الكفيل.

بقضاء الدَّينِ.. إذا نَقَد أو أنفَق أو قَضى من مال نفسِه، وعندَه مالُ الْمُوكِّلِ، فإنه لا يَكونُ(١) مُتبرِّعًا استِحسانًا.

مُكاتَبٌ أَحال سَيِّدَه ببَدَل كِتابتِه على رَجُلٍ مُطلَقةً: بَطَلت، وإن قَيَّد بدَينٍ، أو وَديعةٍ، أو غصبٍ: صَحَّت، وعَتَق.

مُكاتَبٌ أَحال سيِّدَه ببَدَل كِتابتِه على رَجُلٍ مُطلَقةً: بَطَلت؛ لأن دَينَ الكِتابةِ ثابتٌ مع الْمُنافِي، فلا يَظهَرُ في حقِّ صِحّةِ الحَوالةِ والكَفالةِ.

ولو كانت الحَوالةُ مُقيَّدةً بدَينٍ أو وَديعةٍ أو غصبٍ: صَحَّت، وتَكونُ تَوكيلًا للمُحتال عليه بأَداء بدَلِ الكِتابةِ من مال الْمُكاتَبِ الذي عندَه أو عليه.

وإذا صَحَّت الحَوالةُ بَرِئ الْمُكاتَبُ وعَتَق.

فإن تَوَى ما عليه، أو عندَه: لَغَت، وعاد بَدَلُ الكِتابةِ، وبَقِي العَتقُ.

فإن تَوِي ما على الْمُحتال عليه أو عندَه قبلَ الأداءِ: بَطَلت الحَوالةُ، وعاد بدَلُ الكِتابةِ على الْمُكاتَب، وبَقِي العَتقُ؛ لأنه لا يَحتمِلُ الفسخَ.

وإن أَحال سَيِّدُه غَريمَه على مُكاتَبِه، وأطلَق: لَغَت، وإن قَيَّد ببَدَل الكِتابةِ صَحَّت، ولا يَعتِقُ ما لم يُؤدِّ، فإن مات سَيِّدُه قبلَ أدائِه: فالبَدَلُ بينَ غُرمائِه.

وإن أَحال سيِّدُه غَريمَه على مُكاتَبه، ولم يُقيِّده ببَدَل الكِتابةِ: لا تَصِحُّ؛ لِما مَرّ.

وإن قَيَّده ببَدَل الكِتابةِ: صَحَّت، وصار الْمُكاتَبُ وَكيلًا عن السَّيِّد بأَداء بدَلِ الكِتابةِ إلى غَريمه، ولا يَعتِقُ ما لم يُؤَدِّ.

فإن مات سيِّدُه قبلَ أدائِه وعليه دُيونٌ: فبدَلُ الكِتابةِ بينَ غُرماءِ السَّيِّدِ، والْمُحتالُ

---

(١) في (د): فإنه يكون.

من جُملتهم؛ لِما مَرَّ أن الْمُحتالَ لم يَملِك قبلَ القبضِ.

وإن باع من سَيِّده عبدًا ببَدَل الكِتابةِ: صحّ، وعَتَق، فإن مات قبلَ قبضِه: بَطَل البيعُ، لا العَتقُ، وكذا لو سَلَّمه، فاستُحِقّ، وإن استُحِقَّ قبلَه: لم يَعتِق.

وإن باع الْمُكاتَبُ من سيِّده عبدًا ببَدَل الكِتابةِ: صَحّ، ووَقَعت الْمُقاصّةُ بينَ الثَّمنِ وبينَ بدَلِ الكِتابةِ، وعَتَق.

فإن مات العبدُ الْمَبيعُ قبلَ القبضِ: بَطَل البيعُ، وعاد بدَلُ الكِتابةِ على الْمُكاتَب، ولا يَبطُلُ العَتقُ؛ لِما مَرّ.

وكذا لو سَلَّم العبدَ الْمَبيعَ، فاستُحِقّ؛ لأن بدَلَ الْمُستحَقِّ مَملوكٌ إذا كان مَقبوضًا، وبدَلَ الكِتابةِ في يَد العبدِ؛ لأنه في ذِمّته، فمَلَكه، فسَقَط عنه، فيَعتِقُ.

وإن استُحِقَّ العبدُ قبلَ التَّسليمِ إلى الْمَولى: لم يَعتِق الْمُكاتَبُ؛ لأنه لم يَملِك ما في ذِمّته؛ لأن ما في ذِمّته بدَلُ الْمُستحَقِّ، فلا يُملَكُ قبلَ تَسليمِ الْمُستحَقِّ، فلا يَعتِقُ.

وإن أبرَأه بعدَ الحَوالةِ عليه: بَرِئ، وعَتَق، ولا تَبطُلُ(ز) الحَوالةُ، كبائعٍ(ز) أَحال غَريمَه بالثَّمَن، فانفَسَخ البيعُ من كلِّ وجهٍ.

وإن أبرَأ السَّيِّدُ الْمُكاتَبَ بعدَ الحَوالةِ عليه: بَرِئ وعَتَق، ولا تَبطُلُ الحَوالةُ عندَنا، خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وكذلك إذا أَحال البائعُ غَريمَه على الْمُشتَري بالثَّمَن، ثم انفَسَخ البيعُ بهَلاك الْمَبيعِ قبلَ القبضِ، أو بسبَبٍ هو فسخٌ من كلِّ وجهٍ، كالرَّدِّ بخِيار رُؤيةٍ أو شرطٍ، أو عَيبٍ قبلَ القبضِ، أو بعدَه بقَضاءٍ: لا تَبطُلُ الحَوالةُ عندَنا، خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

له: أن الحَوالةَ مُقيَّدةٌ بالثَّمَن، وقد بَطَل الثَّمَنُ، فصار كما لو استُحِقَّ العبدُ أو

وُجِد حُرًّا.

ولنا: أنه قَيَّده بالثَّمَن، ولم يَظهَر أن الثَّمَنَ لم يكن واجِبًا ليَظهَرَ بُطلانُ الحَوالةِ، بل يَسقُطُ للحال بالفَسخ، فلا يَظهَرُ ذلك في حقِّ الغَريمِ الْمُحتالِ، بخِلاف الاستِحقاقِ والحُرِّيّةِ؛ لأنه يَظهَرُ أن الثَّمَنَ لم يكن واجِبًا أصلًا، فلم يَثبُت ما قُيِّد به.

وبَطَل حقُّ الحبسِ إن أَحال، وإن احتَال به لا، كالْمُرتهِن.

والبائِعُ إذا أَحال غَريمَه على الْمُشتَري بالثَّمَن: بَطَل حقُّ حبسِ الْمَبيعِ لأَجل الثَّمَنِ؛ لسُقوط مُطالَبتِه[1]، وكذا الْمُرتهِنُ إذا أَحال غَريمَه على الرّاهِن بما عليه بَطَل حقُّه في حَبس الرَّهنِ.

وإن أَحال الْمُشتري أو الْمَديونُ البائِعَ والْمُرتهِنَ على رَجُلٍ: لا يَبطُلُ حقُّ البائِعِ والْمُرتهِنِ في الحبسِ[2]؛ لأن الرَّهنَ وَثيقةٌ لدَين الْمُرتهِنِ، ودَينُه باقٍ، فبَقِي حقُّ الحبسِ.

وقولُه: (كالْمُرتهِن) راجِعٌ إلى الْمَسألتَين كما ذَكَرنا.

كَفَله على أن يُبرِئَ الطّالبُ غَريمًا آخَرَ، أو يَهَبَ له أو للأَصيل عَينًا، أو يَهَبَ الدَّينَ للأَصيل: بَطَلت.

كَفَل رَجُلٌ عن رَجُلٍ على أن يُبرِئَ الطّالبُ غَريمًا له آخَرَ، أو على أن يَهَبَ للكَفيل أو للأَصِيل عَينًا، أو على أن يَهَبَ الطّالبُ الدَّينَ للأَصِيل: بَطَلت الكَفالةُ؛ لأنه شرطٌ مُخالِفٌ لِمُقتضى العقد.

عبدٌ مات عندَ رَجُلٍ، فأقَرَّ بغَصبه من زيدٍ: تَجِبُ قِيمتُه، فإن بَرهَن رَجُلٌ أن العبدَ

---

(١) في (أ): مطالبه.

(٢) في (هـ): في حق الحبس.

له: فقِيمتُه له، ولا شيءَ لزيدٍ على الْمُقِرّ، فإن وَهَبها في صِحّته له، أو وَرِثها، أو مِثلَها، أو أَوصى له بها، أو بمِثلها: رَدَّها على زيدٍ.

عبدٌ مات في يَد رَجُلٍ، فأقَرَّ أنه غَصَب من زيدٍ: فعليه قِيمتُه لزيدٍ، فإن بَرْهَن رَجُلٌ على أن العبدَ له: فقِيمتُه لمن بَرْهَن، ولا شيءَ لزيدٍ على الْمُقِرّ؛ لأن ما أَقَرَّ له صار مُستحَقًّا بالبيِّنة.

فإن وَهَب الْمُبرهِنُ تلك القِيمةَ في صِحّته للمُقِرّ، أو مات فوَرِثها الْمُقِرُّ، أو وَرِث مِثلَها، أو أَوصى له بها أو بمِثلها: رَدَّها على زيدٍ؛ لأنه زَعَم أن ما أخَذ الْمُبرهِنُ حقُّ الْمُقَرِّ له، وإنه أخَذ بغَير حقٍّ، فصار دَينًا له عليه، وما وَصَل إليَّ[1] وَصَل بالإرث أو الوصِيّة، والدَّينُ مُقدَّمٌ على الإرث والوصِيّة.

وإن وَهَب له مالًا آخرَ في صِحّته: لا.

وإن وَهَب له مالًا آخرَ في صِحّته: فلا حقَّ فيه للمُقَرِّ له[2]؛ لأن الدَّينَ لا يَتعلَّقُ بماله في صِحّته.

أَحال بدَينه، فرَهَن: لا يَصِحُّ، ولو عَكَس بَطَل، فلو هَلَك قبلَ أن يَستردَّه: ضَمِن بالدَّين، ورَجَع الرّاهنُ إن لم يَتبرَّع.

أَحال بدَينه، فرَهَن[3]: لا يَصِحُّ، ولو عَكَس بَطَل، حتى كان له أن يَستردَّ الرَّهنَ؛ لأنه بالحَوالة بَرِئ عن الدَّين، فلم يَبقَ الرَّهنُ.

فلو هَلَكَ الرَّهنُ في يَد الْمُرتهِنِ قبلَ أن يَستردَّه الرّاهنُ: يَهلِكُ مَضمونًا بالدَّين؛ لأن

(١) في (ب): إليه.

(٢) في (ب): للمقر.

(٣) في (ب): فبرهن.

ضَمانَ الرَّهنِ بالقَبض، وهو باقٍ، ورَجَع الرّاهنُ بقِيمة الرَّهنِ في تَرِكة الْمُحتالِ عليه إن لم يَتبرَّع؛ لأنه قَضى دَينَه بأَمره، فيَرجِعُ عليه.

وإن كان الرّاهنُ مُتبرِّعًا في الرَّهن: لا يَرجِعُ على أحدٍ؛ لأنه تَبرُّعٌ بقَضاء دَينِ الْمُحتالِ عليه.

أَحال الطّالبُ غَريمَه على كَفيله بأمرٍ ليُؤدِّيَ مِن دَين كَفالتِه: صحّ، وبَرِئ هو، لا الأصيلُ، فلو أدّى بَرِئا، وبَقِيَت[ز] الحَوالةُ، فلو أدّى الكَفيلُ رَجَع على الْمُحِيل فقط، ولو أَحال على الأَصيل بَرِئا.

رَجُلٌ كَفَل بمالٍ عن رَجُلٍ بأَمره، فأَحال الطّالبُ غَريمَه على الكَفيل ليُؤدِّيَ من دَين كَفالتِه: صَحّ، وسَقَطت مُطالَبةُ الْمُحيلِ عن الكَفيل؛ لِقيام الْمُحتالِ مَقامَ الْمُحيلِ في الْمُطالَبة، فتَنقطِعُ عنه مُطالَبةُ الْمُحيلِ.

وللطّالِب أن يُطالِبَ الأصيلَ؛ لأن سُقوطَ الْمُطالَبةِ عن الكَفيل لا تُوجِبُ سُقوطَها عن الأَصِيل، فلو أدّى الأَصيلُ دَينَه بَرِئا، وبَقِيت الحَوالةُ، خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

فلو أدّى الكَفيلُ المالَ إلى الْمُحتال: رَجَع به على الْمُحِيل فقط؛ لأنه أدّى دَينَه بأَمره.

ولو أَحال الطّالبُ غَريمَه على الأَصِيل صَحّ، وسَقَطت مُطالَبتُه عن الأَصِيل والكَفيلِ؛ لأن سُقوطَ الْمُطالَبةِ عن الأَصِيل يُوجِبُ سُقوطَها عن الكَفيل.

ولو قَضى الْمُحِيلُ دَينَ نفسِه صحّ، وطُولِبا، كما لو أبرَأ الْمُحتالُ الْمُحتالَ عليه.

ولو قَضى الْمُحِيلُ دَينَ الْمُحتالِ بنَفسه صَحّ؛ لأنه بالحَوالة لم يَبرأ عن الدَّين بَراءةً تامّةً؛ لاحتِمال أن يَعودَ إليه، وطُولِب الأصيلُ والكَفيلُ؛ لزَوال المانِع.

وكذا لو أبرَأ الْمُحتالُ الْمُحتالَ عليه عن الدَّين: سَقَط دَينُ الحَوالةِ عن الْمُحِيل

والْمُحتالِ عليه، وعاد مُطالَبةُ الْمُحيلِ على الأصِيل والكَفيلِ؛ لزَوال المانِعِ.

وإن أحال غَريمَه عليهما معًا، أو بَدَأ بالكَفيل: صَحَّتا، وتَنقلِبُ حَوالةُ الكَفيلِ مُطلَقةً، ورَجَع على الْمُحِيل، وإن بَدَأ بالأَصيل: صَحَّت حَوالتُه فقط.

وإن أحال غَريمَه على الأصِيل والكَفيلِ معًا، أو بَدأ بالكَفيل: صَحَّتا.

أما في الثّاني: فلأن بَراءةَ الكَفيلِ لا تُوجِبُ بَراءةَ الأصيلِ، فقد وُجِدت الحَوالةُ والدَّينُ قائِمٌ، فيَصِحُّ.

وكذا في الأوّل؛ لأنهما وُجِدتا والدَّينُ قائِمٌ، وصَحَّت الحَوالةُ على الكَفيل مُقيَّدةً، ثم تَنقلِبُ مُطلَقةً؛ لبَراءته عن دَين الكَفالةِ بالحَوالة على الأصِيل.

ورَجَع على الْمُحِيل دونَ الأصيلِ إن أدّى؛ لأنه قَبِل الحَوالةَ بأَمر الْمُحيلِ لا بأَمر الأصيلِ.

وإن بَدأ بالحَوالة على الأصِيل ثم على الكَفيل: صَحَّت حَوالةُ الأصيلِ دونَ الكَفيلِ؛ لأنه لَمّا صَحَّت الحَوالةُ على الأصِيل بَرِئ عن دَين الْمُحيلِ حُكمًا، وبَرِئ الكَفيلُ حُكمًا لبَراءة الأصيلِ، فقد وُجِدت الحَوالةُ على الكَفيل مُقيدَّةً بالدَّين، ولا دَينَ، فلا يَصِحُّ.

صالَح الْمُحتالُ عليه الْمُحتالَ على زَيفٍ: صحّ، والجِيادُ له، بخِلاف الصُّلحِ على بَعض الدَّينِ.

صالَح الْمُحتالُ عليه الْمُحتالَ على زَيفٍ: صَحّ، والجِيادُ له؛ لأنه مَلَك[1] ما في ذِمّته، كالكَفيل، بخِلاف الصُّلحِ على بَعض الدَّينِ؛ لأنه إبراءٌ عن الباقِي لا مُعاوَضةٌ؛ تَفاديًا عن الرِّبا.

---

(١) في (هـ): ما ملك.

عليه نَبَهْرَجةٌ، ودَينُه جَيِّدٌ، فأحاله به ليَأخُذَه بحقِّه، والْمُحتالُ عليه غائِبٌ: لم تَصِحَّ، وإن أجاز، ولو حاضِرًا وقَبِل: صحّ، وبه صَحَّ صرفًا بينَ الْمُحِيلِ والْمُحتالِ بشَرط الحَوالةِ، وبَطَل بافتِراقهما، وصحَّ أداؤُه بعدَه، وبَرِئ، وتَراجَعا.

رَجُلٌ له على آخرَ مِائةٌ نَبَهْرَجةٌ، ولمن عليه النَّبَهْرَجةُ على آخرَ مِائةٌ جِيادٌ، فأحال من عليه النَّبَهْرَجةُ ربَّ دَينِه على مَديونه بمِائةِ جِيادٍ ليَأخُذَها مَكانَ النَّبَهْرَجةِ، والْمُحتالُ عليه غائِبٌ: لم يَصِحَّ، وإن أجاز.

وإن كان حاضِرًا وقَبِل: صَحَّ استِحسانًا؛ لتَعذُّر اعتِبارِه حَوالةً؛ لعَدَم الجِيادِ على الْمُحِيل، وانقِلابُ النَّبَهْرَجةِ جِيادًا لا يَكونُ إلا بالصَّرف، فصار كأن الْمُحِيلَ قال: (اشتَريتُ النَّبَهْرَجةَ التي لك عليَّ بمِائةِ جِيادٍ على أن أُحِيلَك بها على فُلانٍ)، فكان صرفًا بينَ الْمُحِيلِ والْمُحتالِ بشَرط الحَوالةِ، وبَطَل بافتِراق[1] الْمُحِيلِ والْمُحتالِ؛ لأن الصَّرفَ جَرى بينَهما.

وإن افترَقا، ثم أدّى الْمُحتالُ عليه الجِيادَ: صَحّ؛ لأن الحَوالةَ إن بَطَلت بَقِي الأمرُ بالأداء، وبَرِئ الْمُحتالُ عليه عن دَين الْمُحِيلِ؛ للمُقاصّة، ويَرجِعُ[2] الْمُحِيلُ على الْمُحتال بالجِياد؛ لقَبضه بعدَ فَسادِ الصَّرفِ، كما لو أدّى بنفسه، ثم يَرجِعُ الْمُحتالُ على الْمُحِيل بدَينه، وهي النَّبَهْرَجةُ.

وكذا لو صالَحه على جِيادٍ على أن يَضمَنَ فُلانٌ، أو يُحِيلَ عليه.

وكذا لو صالَحه على جِيادٍ على أن يَضمَنَ فُلانٌ أو يُحيلَ على فُلانٍ، ولا دَينَ عليه.

كَفَل بمالٍ، وأَحال الطّالبَ، وأطلَق: بَرِئا، وإن شَرَط بَراءتَه فكما شَرَط.

(١) في (هـ): باقتران.

(٢) في (هـ): ولا يرجع.

رَجُلٌ له على آخرَ مِائةُ دِرهَمٍ، فكَفَل بها رَجُلٌ، وأحال الكَفيلُ الطّالبَ على رَجُلٍ حَوالةً مُطلَقةً: بَرِئا؛ لأن الحَوالةَ أُضِيفت إلى مال الطّالبِ، ومالُ الطّالبِ في الحَقيقة على الأصِيل، فأوجَبت الحَوالةُ بَراءةَ الأصيلِ، ومن ضَرورة بَراءتِه بَراءةُ الكَفيل.

وإن شَرَط بَراءةَ الكَفيلِ خاصّةً فهو كما شَرَط؛ لأن بَراءةَ الكَفيلِ لا تُوجِبُ بَراءةَ الأصيلِ.

وكذا إن صالَح الكَفيلُ أو أجنَبيٌّ عن الألف على خَمسمِائةٍ، إن أطلَق بَرِئا، وإن قَيَّد بَراءةَ الكَفيلِ خاصّةً: فهو كما قال.

وكذا إن صالَحه[1] هو أو أجنَبيٌّ عليه زَيفٌ، ودَينُه جَيِّدٌ، فأَحاله بالزَّيف على أن يُعطِيَه الجَيِّدَ أو الزَّيفَ، والجَيِّدُ[2] له: بَطَلت.

رَجُلٌ له على رَجُلٍ ألفٌ نَقْدُ بيتِ المالِ، وعليه زُيوفٌ، فأَحال ربُّ الزُّيوفِ على الذي عليه الجِيادُ على أن يُعطِيَه الجِيادَ، أو على أن يُعطِيَه الزُّيوفَ والجِيادُ له: بَطَلت.

أما الأوَّلُ: فلأنه لا يُمكِنُ تَصحيحُه حَوالةً؛ لأنه شَرَط إيفاءَ الزُّيوفِ من الجِياد، وذا لا يُتصوَّرُ، ولا يُمكِنُ تَصحيحُه صرفًا؛ لأنه مُصارَفةٌ بينَهما بدَينٍ على الْمُحتال عليه، والبيعُ بالدَّين على الغَير باطِلٌ؛ لأنه تَمليكُ الدَّينِ من غَير من عليه الدَّينُ.

وأما الثّاني: فلأنه صرفٌ بينَ الْمُحيلِ والْمُحتالِ عليه بشرطِ أن يَكونَ القابِضُ غيرَ الْمُحيلِ، فبَطَل، كما لو شَرَط البائعُ أن يُحيلَ على الْمُشتَري غَريمًا له.

ولو قَيَّد بوَديعةٍ، أو غصبٍ قائمٍ: لا.

(١) في سوى (م) و(ن): صالح.

(٢) في (ن) و(س): فالجيد.

ولو كانت الدَّراهِمُ وَديعةً عندَ الْمُحتالِ عليه أو غصبًا، وهي قائِمةٌ: صَحَّت؛ لأنها صرفٌ مُضافٌ إلى عَينٍ، فصار كما لو اشتَرى بدَراهِمَ وَديعةٍ في يَد الغيرِ.

فإن أدّى: رَجَع على الْمُحِيل أو الْمُحتالِ.

فإن أدّى رَجَع على الْمُحِيل؛ لأنه أدّى بأَمره، أو على الْمُحتال؛ لأنه أدّى إليه بحُكم حَوالةٍ فاسِدةٍ.

ولو صالَحه على زَيفٍ على أن يُحِيلَ به عليه: صحّ.

ولو صالَح الْمُحيلُ الْمُحتالَ عليه من الجِياد على زُيوفٍ على أن يُحيلَ بها عليه صاحِبَ الزُّيوفِ: صَحّ؛ لأنه حطٌّ من الْمُحِيل عن الْمُحتال عليه، فلا يَبطُلُ بالشَّرط.

له زَيفٌ، ودَينُه جِيادٌ، فأَحاله ليَأْخُذَه: صحّ، وكذا لو صالَحه على أن يُحِيلَه، فإن مات مُفلِسًا: رَجَع الزَّيفُ إلى الْمُحِيل.

له زَيفٌ، وعليه جِيادٌ، فأَحاله على أن يَأخُذَ الزَّيفَ: صَحّ؛ لأن صاحِبَ الجِيادِ أبرَأَ الْمُحيلَ عن الجَودة بشَرط أن يُحيلَه بالباقِي على غَريمه، ولو أبرَأه عن بَعض الوزنِ حتى يُحيلَه بالباقِي على غَريمه: صَحَّ، فلَأن يَصِحَّ هنا أَولى.

وكذا لو صالَح الْمُحيلُ الْمُحتالَ من الجِياد على الزُّيوف على أن يُحيلَ بها على فُلانٍ: جاز، فإن مات الْمُحتالُ عليه مُفلِسًا رَجَع الزَّيفُ إلى الْمُحِيل؛ لأن الْمُحتالَ حطَّ الجَودةَ.

عليه دَراهِمُ، ودَينُه دَنانيرُ، فأَحاله على أن يُعطِيَه الدَّنانيرَ، أو دَراهِمَ منها: بَطَلت، إلا أن تكونَ الدَّنانيرُ وَديعةً أو غصبًا.

على الْمُحِيل دَراهِمُ، ودَينُ الْمُحيلِ دَنانيرُ، فأَحاله على أن يُعطِيَه الدَّنانيرَ، أو على

أن يُعطِيَه دَراهِمَ من الدَّنانِيرِ التي عليه: بَطَلت؛ لأنه صرفٌ بينَ الْمُحيلِ والْمُحتالِ، فكانَ شِراءً بالدَّين من غَير من عليه الدَّينُ، إلا أن تكونَ الدَّنانيرُ وَديعةً أو غصبًا، وهي قائِمةٌ؛ لِما مَرّ.

أَحال غَريمَه عليه على أن يُعطِيَه من ثَمَن دارِه صحّ، ولا يُجبرُ على بيعٍ، ولو باع: يُجبرُ على الأَداء، ومن ثَمَن دارِ الْمُحِيلِ: لا، إلا أن يَأمُرَه بالبَيع.

أَحال غَريمَه على رَجُلٍ على أن يُعطِيَه من ثَمَن دارِه -أي دارِ الْمُحتالِ عليه-: صَحَّت الحَوالةُ؛ لأنه أَحال بما يَقدِرُ على إِيفائه؛ لأنه يَملِكُ بيعَها، ولا يُجبرُ على البَيع؛ لعَدَم الوُجوبِ قبلَ البيعِ، ولو باع يُجبرُ على الأَداء.

ولو أَحال على أن يُعطِيَه من ثَمَن دارِ الْمُحيلِ لا يَصِحُّ؛ لأنه لا يَقدِرُ على بَيعها إلا إذا أَمَره بالبَيع.

كَفَل ببَدَل الصَّرفِ، وأدّى في مَجلِسه: صحّ، ولا عِبرةَ بقِيامه.

كَفَل ببَدَل الصَّرفِ، وأدّى في مَجلِسه: صَحّ؛ لأنه دَينٌ كسائِر الدُّيونِ، ولا عِبرةَ بمُفارَقة الكَفيلِ.

فإن أبرَأهما: بَرِئ الكَفيلُ، رَدَّ أو قَبِل، لا الأصيلُ إن لم يَقبَل.

فإن أبرَأهما بَرِئ الكَفيلُ، قَبِل أو رَدّ؛ لأنه إسقاطٌ محضٌ، كالطَّلاق، لا الأصيلُ إن لم يَقبَل؛ لأنه في حقِّه فسخُ الصَّرفِ؛ لأن القبضَ شرطٌ في الْمَجلِس، والإبراءُ يَفوتُه.

ولو حَوالةً، فأبرَأ الْمُحتالُ الْمُحتالَ عليه: صحّ، قَبِل أوْ لا، وبَطَل الصَّرفُ، ولو بلا أَمر الْمُحِيل: لا يَبطُلُ ما لم يَقبَل.

فإن كان مَكانَ الكَفالةِ حَوالةٌ، فأبرَأ الْمُحتالُ الْمُحتالَ عليه: صَحّ، قَبِل أوْ لا، وبَطَل

الصَّرفُ، ولو كانت الحَوالةُ بلا أمر الْمُحيلِ لا يَبطُلُ الصَّرفُ ما لم يَقبَل.

له عليه جِيادٌ، فقال: (أعطِني بها نبَهْرَجةً)، أو (اقضِ غَرِيمِي): صحّ.

رَجُلٌ له على آخرَ ألفٌ جِيادٌ، فقال له: (أعطِني بها نبَهْرَجةً): صَحّ؛ لأنه حطٌّ، وكذا لو قال: (اقضِ غَريمي هذا ألفًا نبَهْرَجةً).

باع بشَرط أن يُحِيلَ بالثَّمَن: بَطَل، وبأن يَحتالَ: صحّ.

باع بشرطِ أن يُحيلَ على الْمُشتَري بالثَّمَن غَريمًا له: بَطَل؛ لأنه شرطٌ لا يَقتَضيه العقدُ، ولو باع بشرطِ أن يَحتالَ بالثَّمَن صَحّ؛ لأنه يُؤَكِّدُ مُوجَبَ العقدِ؛ إذ الحَوالةُ في العادة إنما تكونُ على الأملأ والأحسَنِ قَضاءً، فصار كشَرط الجَودةِ.

وكُرِه السَّفاتِجُ[1].

وكُرِه السَّفاتِجُ، وهو: قرضٌ استَفاد به الْمُقرِضُ سُقوطَ خطَرِ الطَّرِيقِ، وقد نَهى رَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن قرضٍ جَرَّ نفعًا[2].

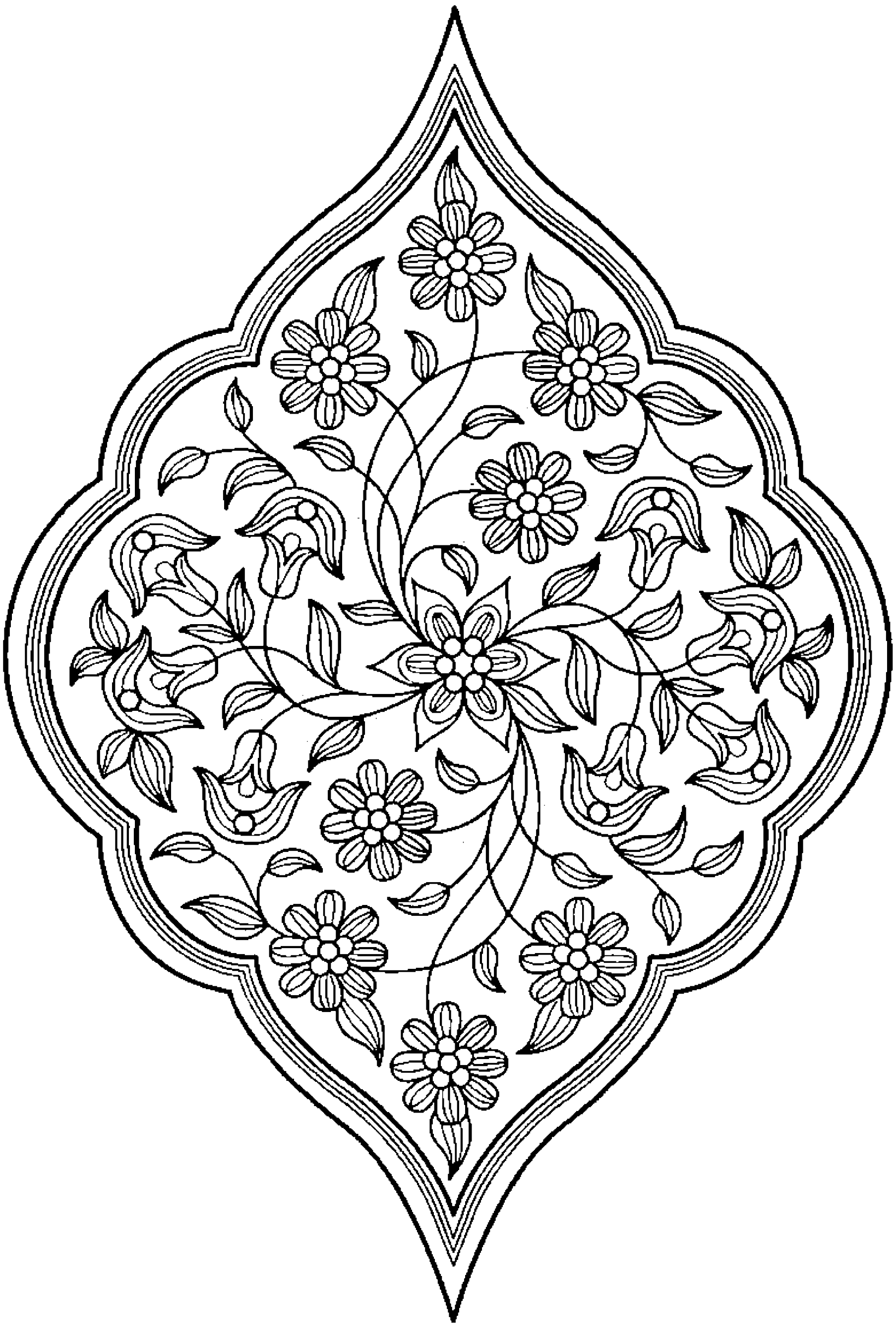
وصُورتُه: أن يَدفعَ إلى تاجِرٍ عشَرةً قرضًا ليَدفعَه إلى صَديقه؛ ليَستفيدَ به سُقوطَ خطَرِ الطَّريقِ، فإن لم تكن الْمَنفَعةُ مَشروطةً، ولا كان فيه عُرفٌ ظاهِرٌ: فلا بأسَ به، وهو في مَعنى الحَوالةِ؛ لأنه أَحالَ الخطَرَ الْمُتوقَّعَ على الْمُستقرِض.

---

(١) السفتجة: قيل: بضم السين، وقيل: بفتحها، وأما التاء فمفتوحة فيهما، فارسي معرب، وفسرها بعضهم فقال: هي كتاب صاحب المال لوكيله، أن يدفع مالًا قرضًا، يأمن به من خطر الطريق، والجمع السفاتج. «المصباح» ١/ ٢٧٨.

(٢) الحديث المشهور في هذا عند الفقهاء: «كل قرض جر نفعًا -أو منفعة- فهو ربًا»، وهذا رواه أبو جهم في «جزئه» (٩٢)، والحارث (٤٣٧)، ورواه البيهقي موقوفًا (١٠٩٣٣)، وبمعناه عند البخاري (٣٨١٤) وانظر الآثار الوارد في ذلك في «مصنف» عبد الرزاق ٨/ ١٤٥، و«مصنف» ابن أبي شيبة ٤/ ٣٢٧، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٦٠.

كِتَابُ الْقَضَاءِ



كتاب القضاء

كِتابُ القَضاءِ[1]

هو: عِبارةٌ عن الإحكام لُغةً، قال:

وعليهما مَسرودتان قَضاهما داوُدُ[2]....................

وعن الإلزام شَريعةً.

وهو مَشروعٌ بالكِتاب، قال اللهُ تَعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩]،

(١) القضاء في اللغة: الحكم... واصطلاحًا: القضاء على الغير: إلزام أمر لم يكن لازمًا قبله.

ولهذا يقال القاضي للحاكم، فإنه يلزم الأحكام.

وهو عبارة عن حكم القاضي عند المرافعة، يعني إذا اختصم رجلان ثُم القاضي حكم بالبينة والحجج الشرعية بأمر بينهما.. فهذا الحكم قضاء عندهم، لا مطلق الحكم، فإذا أمر القاضي رجلًا بالصلاة لا يقال إنه قضى بها اصطلاحًا، فافهم واحفظ فإنه يهديك إلى صراط مستقيم. «الدستور» ٣/ ٥٤.

القضاء في الخصومة: هو إظهار ما هو ثابت. «التعريفات» ص١٧٧.

القاضي: هو الذي تعين ونصب من جهة من له الأمر لأجل القضاء، أي فصل الخصومات وحسم الدعاوى والمنازعات وغير ذلك، قال النسفي: القاضي الحاكم الْمُحْكِم أي المنفذ المتقن. «التعريفات الفقهية» ص١٦٩.

(٢) مثبتة من (ب). والبيت كاملاً:

وعليهما مَسرودتان قَضاهما داودُ أو صَنَعُ السوابِغِ تُبَّعُ

وهو لأبي ذؤيب الهذلي، كما في «مقاييس اللغة» ٥/ ٩٩.

والسُّنَّةِ، فإنه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضى[1]، ووَلّى عليًا ومُعاذًا رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا[2].

والإجماعِ، والمَعقولِ، ففي القَضاء بالحقِّ إظهارُ العدلِ، وبه قَامت السَّمٰوات والأرضُ، ودفعُ الظُّلمِ من الجاهِل، وهو ممّا يَدعو إليه عقلُ كلِّ عاقِلٍ، وإنصافُ المَظلومِ المَلهوفِ، والنَّهيُ عن المُنكَر، والأمرُ بالمَعروف، ولأَجله بُعِث الرُّسُلُ والأنبِياءُ عَلَيْهِمُ ٱلسَّلَامُ، وكان عليه الخُلَفاءُ والعُلَماءُ[3].

أهلُه[4]: أهلُ الشَّهادةِ..

(١) الأحاديث الواردة في قضائه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كثيرة، وقد أفردها بعض العلماء في مصنف على حدة، ومنها كتاب: «أقضية رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم» لابن الطلاع المالكي، المتوفى سنة (٤٩٧ هـ).

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ٦٣: تقدم عند أبي داود (٣٥٨٢)، والترمذي (١٣٣١)، وابن ماجه (٦٩٠)، أن عليًا تقلد القضاء من النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأخرج البيهقي (٢٠١٥٦) أن أبا بكرٍ لَمّا وُلّي وَلّى عمرَ بن الخطاب القضاء، وأبا عبيدة المال، وأخرج أيضًا (٢٠١٥٧) عن عن أبي وائل: أن عمر استعمل عبد الله بن مسعود على القضاء وبيت المال، وأخرج ابن سعد في «الطبقات» (٢/ ٣٥٩) عن نافع، قال: لما استعمل عمر بن الخطاب زيد بن ثابت على القضاء فرض له رزقًا. انتهى باختصار.

وأما توليته صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لمعاذ القضاء: فإنه قد أرسله إلى اليمن عاملًا عليها كما في البخاري (١٣٩٥) ومسلم (١٩)، ومن جملة ذلك القضاء، فقد روى أبو داود (٣٥٩٢) أن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما أراد أن يبعث معاذًا إلى اليمن، قال: «كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟»، قال: أقضي بكتاب الله، قال: «فإن لم تجد في كتاب الله؟»، قال: فبسنة رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «فإن لم تجد في سنة رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولا في كتاب الله؟»، قال: أجتهد رأي ولا آلو، فضرب رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ صدره وقال: «الحمد لله الذي وفق رسولَ رسولِ الله لما يرضي رسول الله».

(٣) تخريج ذلك من صنيع الخلفاء الراشدين رضي الله تعالى عنهم أشهر من أن يحتاج لتخريج، بل كانت صنيعهم في كل حادثة تحتاج إلى قضاء بعض ما ذكره المصنف هنا.

(٤) قال في «البحر» ٦/ ٢٨٠ متحدثًا عن الشروط المطلوبة في القاضي: وفي الحاكم: العقل،=

والمُجتهِدُ[1] أحبُّ.

وأهلُه: أهلُ الشَّهادةِ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما من باب الوِلايةِ؛ إذ كلُّ واحِدٍ منهما تَنفيذُ القولِ على الغَير.

ولأن كلَّ واحِدٍ منهما إلزامٌ، فالشَّهادةُ مُلزِمةٌ على القاضِي، والقَضاءُ مُلزِمٌ على الخَصم، فما يُشترَطُ لأهلِيّة الشَّهادةِ يُشترَطُ لأهلِيّة القَضاءِ، ومَن صَلَح شاهِدًا صَلَح قاضِيًا، وإلا لا.

والفاسِقُ أهلٌ للقَضاء، حتى لو قُلِّد يَصِحُّ، إلا أن الأَولى أن لا يُقلَّدَ الفاسِقُ؛ لأنه لا يُؤتمَنُ عليه؛ لقِلّة مُبالاتِه بواسِطة فسقِه، كما في حُكم الشَّهادةِ، فإن الأَولى أن لا يَقضِيَ القاضِي بشَهادة الفاسِقِ، ولو قَضى نَفَذ عندَنا.

ولو كان القاضِي عَدْلًا، ففَسَق بأَخذ الرِّشوةِ أو غيرِه: لا يَنعزِلُ، ويَستحِقُّ العزلَ في ظاهِر الْمَذهَبِ.

وقال القاضِي فخرُ الدِّينِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أجمَعوا أنه إذا ارتَشى لا يَنفُذُ قَضاؤُه فيما ارتَشى، وقال: إذا أخَذ القَضاءَ بالرِّشوة لا يَصيرُ قاضِيًا، ولو قَضى لا يَنفُذُ قَضاؤُه.

=والبلوغ، والإسلام، والحرية، والسمع، والبصر، والنطق، والسلامة عن حد القذف، وأن يكون مُوَلًّى للحكم دون سماع الدعوى فقط، كما في «الخزانة»، لا الذكورة والاجتهاد. انتهى.

(١) المجتهد: بالغ، عاقل، ذو مَلَكة يدرك بها العلوم، فقيه النفس، عارف بالدليل العقلي، ذو الدرجة الوسطى -العليا- لغةً وعربيةً وأصولًا وبلاغة، ومتَعَلَّق الأحكام من كتاب وسنة، وإن لم يحفظ المتون.

ويعتبر لإيقاع الاجتهاد: خبرته بمواقعه، والناسخ والمنسوخ، وأسباب النزول، وحال الرواة، وغير ذلك مما هو مقرر في الأصول.

مجتهد المذهب: المتمكن من تخريج الوجوه على نصوص إمامه.

مجتهد الفتيا: المتبحر في مذهب إمامه، المتمكن من تخريج قول على آخر. «التوقيف» ص٢٩٨.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَجوزُ قَضاءُ الفاسِقِ، كما لا تُقبَلُ شَهادتُه عندَه.

وعن عُلَمائنا الثَّلاثةِ في «النَّوادِر»: أنه لا يَجوزُ قَضاؤُه.

وقال بعضُ مَشايخِنا: إذا قُلِّد الفاسِقُ ابتِداءً يَصِحُّ[1]، ولو قُلِّد وهو عَدْلٌ يَنعزِلُ بالفِسق؛ لأن المُقلِّدَ اعتَمَد عَدالتَه، فلم يَرضَ بقَضائه بدُونها.

وقِيل: لا يَصلُحُ الفاسِقُ مُفتيًا؛ لأن مَبناه على الأَمانة والاحتِرازِ عن الخِيانة.

وقِيل: يَصلُحُ؛ لأنه يَحتاطُ فيه كيلا يُنسَبَ إلى الخَطأ.

والمُجتهِدُ أحبُّ من غَيره، فالاجتِهادُ شرطُ الأَولَويّةِ، حتى يَصِحَّ تَقليدُ القَضاءِ للجاهِل عندَنا، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

له: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «القُضاةُ ثَلاثةٌ، قاضِيان في النّار وقاضٍ في الجنّة، أما اللَّذان في النّار: فالجاهِلُ والجائِرُ، وأما الذي في الجنّة: فالعالِمُ العادِلُ»[2].

---

(١) في (أ) و(د): لا يصح، وكلمة (لا) شطبت في (ب) وكشطت في (ج)، وانظر «الهداية» ٣/ ١٠١، و«التبيين» ٤/ ١٧٥.

(٢) رواه أبو داود (٣٥٧٣) بلفظ: «القضاة ثلاثة: واحد في الجنة واثنان في النار، فأما الذي في الجنة: فرجل عرف الحق فقضى به، ورجل عرف الحق فجار في الحكم فهو في النار، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار».

ورواه الترمذي (١٣٢٢) بلفظ: «القضاة ثلاثة: قاضيان في النار وقاضٍ في الجنة، رجل قضى بغير الحق فعلم ذاك فذاك في النار، وقاضٍ لا يعلم فأهلك حقوق الناس فهو في النار، وقاضٍ قضى بالحق فذلك في الجنة».

ورواه ابن ماجه (٢٣١٥) بلفظ: «القضاة ثلاثة، اثنان في النار وواحد في الجنة: رجل علم الحق فقضى به فهو في الجنة، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار، ورجل جار في الحكم فهو في النار».

وفي النفس أن الإمام النسفي رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ لم يقصد أن هذا التركيب هو الحديث، وإنما أراد من=

ولأنه مَأمورٌ[1] بالقَضاء بالحقّ، ولا أمرَ بلا قُدرةٍ[2]، ولا قُدرةَ بلا عِلمٍ.

ولنا: أن الْمَقصودَ إيصالُ الحقِّ إلى الْمُستحِقّ، وذا يَحصُلُ إذا عَمِل بفَتوى غيرِه.

والحَديثُ مَحمولٌ على الجاهِل الذي يَعمَلُ بجَهله ولا يَرجِعُ إلى العُلَماء[3].

ويَنبَغي للمُقلِّد أن يَختارَ للقَضاء مَن هو أقدَرُ عليه وأَولى به، ولا يَكونُ فظًّا غليظًا جبّارًا عنيدًا؛ لأنه خَليفةُ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في القَضاء، وقال عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «من قَلَّد غيرَه عمَلًا وفي رَعِيّته من هو أَولى منه.. فقد خان اللهَ ورَسولَه وخان جَماعةَ الْمُسلِمين»[4]، وعمَلُ القَضاءِ من أهَمِّ أُمورِ الدِّينِ وأعمالِ الْمُسلِمين.

وأصحُّ ما قِيل في حقِّ[5] الْمُجتهِدِ: أن يَكونَ قد حَوى عِلمَ الكِتابِ ووُجوهَ مَعانِيه، وعَلِم السُّنّةَ بطُرُقها ومُتونِها ووُجوهِ مَعانِيها، وأن يَكونَ مُصيبًا في القِياس، عالِمًا بعُرف النّاسِ، على ما بَيّنّا في أُصول الفِقهِ.

وقِيل: أن يَكونَ صاحِبَ حَديثٍ، له مَعرِفةٌ بالفِقه؛ ليَتمكَّنَ من القِياس فيما لا نصَّ فيه؛ إذ الحَوادِثُ مَمدودةٌ، والنُّصوصُ مَعدودةٌ، أو صاحِبَ فِقهٍ له مَعرِفةٌ بالحَديث؛

=الحديث الجملة الأولى ثم فسرها بلفظه مختصِرًا، ولعل ما يؤيد هذا عبارة الزيلعي في «التبيين» ٤/ ١٧٦ وقال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يجوز إلا أن يكون عالِمًا عدلًا مأمونًا؛ لقوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «القضاة ثلاثة: قاضيان في النار وقاض في الجنة...» الحديث، ففسر القاضيين أحدهما جاهل يحكم بالجهل، والآخر عالم يحكم بالجور، والثالث العالم العادل يحكم بعلمه. انتهى.

(١) في (د): مأمون.

(٢) في (ب): فائدة.

(٣) في (أ): إلى الغير.

(٤) رواه بلفظ قريب: الطبراني (١١٢١٦)، والحاكم (٧٠٢٣)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٦٢.

(٥) في (ب) و(ج): حد، وفي (هـ): أمر.

كيلا يَشتغِلَ بالقِياس في مَوضِع النَّصِّ.

وقِيل: وأن يَكونَ صاحِبَ قَريحةٍ يَعرِفُ بها عاداتِ النّاسِ؛ لأن القِياسَ قد يُترَكُ بالعُرف؛ ألا تَرى أن الاستِصناعَ جُوِّز عُرفًا بخِلاف القِياسِ.

وكُرِه تَقلُّدُ[1] خائِفِ الحَيفِ[2]، وإن أَمِنه لا.

وكُرِه التَّقلُّدُ[3] لمن يَخافُ الحَيفَ فيه، وإن أمِن منه لا يُكرَهُ.

الأصلُ: أن القَضاءَ فَريضةٌ مُحكَمةٌ، وسُنّةٌ مُتَّبعةٌ[4]، قد باشَره الصَّحابةُ والتّابِعون رِضوانُ اللهِ عليهم أجمَعين[5]، ومَضى عليه الصّالِحون رَحِمَهُمُ اللَّهُ، ولكنه فرضُ كِفايةٍ؛ لأنه ما فُرِض لعَينه، بل لغَيره، وهو قطعُ الْمُنازَعات بينَ العِبادِ، ورفعُ أسبابِ العبَثِ والفَسادِ، وهذا يَحصُلُ بإقامة البعضِ، فلا مَعنى للوُجوب على الكلِّ.

ولكنه إنما يُباحُ الدُّخولُ في القَضاء لمن يَثِقُ بنَفسه أنه يُؤدِّي فرضَه، ويُكرَهُ الدُّخولُ فيه لمن يَخافُ العجزَ عنه، ولا يَأمَنُ على نَفسه الحَيفَ فيه.

وقِيل: يُكرَهُ الدخُولُ فيه مُختارًا؛ لقَوله عليه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من ابتُلِي بالقَضاء فكأنما ذُبِح بغَير سِكِّينٍ»[6].

---

(١) في (س): تقليد.

وتقليد فلان المنصب: توظيفه فيه. «لغة الفقهاء» ص١٤١.

(٢) الحيف: الميل في الحكم والجنوح إلى أحد الجانبين. «التوقيف» ص١٥٠.

(٣) في (هـ): التقليد.

(٤) في (هـ): معتبرة متبعة.

(٥) تقدم الكلام فيه في حديث تولية علي ومعاذ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(٦) رواه الإمام أحمد (٧١٤٥)، وأبو داود (٣٥٧١)، والترمذي (١٣٢٥)، وابن ماجه (٢٣٠٨).=

وقِيل: قد ازدَراه بعضُ القُضاةِ وقال: كيف يَكونُ هذا؟! ثم دَعا في مَجلِسه بمن يُسوِّي شعرَه، فجَعَل الحلّاقُ يَحلِقُ بعضَ أشعارِ ذقَنِه، إذ عَطَس فأَصابه الْمُوسَى وألقى رأسَه بينَ يدَيه!

وكان في بَني إسرائِيل من فَرَّغ نفسَه للعِبادة سِتِّين سنةً فإنه يُرجى له النُّبُوَّةُ، فإذا اشتَغَل بالقَضاء أيِسوا من نُبُوَّته[1].

وقد تَحرَّز أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ عن تَقلُّده بعدَما حُبِس وضُرِب لأَجله مِرارًا، وقال: البحرُ عَميقٌ، فكيف أعبُر بالسِّباحة؟! فقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: البحرُ عَميقٌ، والسَّفينةُ وَثيقٌ، والْمَلّاحُ عالِمٌ، فقال: كأني بك قاضِيًا.

والصَّحيحُ: أن الدُّخولَ في القَضاء رُخصةٌ؛ طمَعًا في إقامة العدلِ.. بالحَديث[2]: «عدلُ ساعةٍ خيرٌ من عِبادة سنةٍ»[3]، والامتِناعَ عنه عَزيمةٌ؛ لأنه مَأمورٌ بالقَضاء بالحقّ، وربما يَظُنُّ في الابتِداء أنه يَقضِي بالحقّ، ثم لا يَقدِرُ عليه في الانتِهاء، ولأنه لا يُمكِنُه القَضاءُ إلا بإِعانة غيرِه، ولعل غيرَه لا يُعِينه.

وإن كان هو أهلًا للقَضاء دونَ غيرِه يُفترَضُ عليه التَّقلُّدُ؛ صِيانةً لحُقوق الْمُسلِمين،

= وليس في أحدها لفظ (ابتلي)، وإنما «ولّي» أو «جُعل».

(١) في هذا الكلام نظر؛ لما تقرر عند أهل السنة والجماعة أن النبوة ليست مكتسبة، قال العلامة اللقاني صاحب «الجوهرة» رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ:

ولم تكن نُبُوةٌ مكتسبةْ ... ولو رقى في الخير أعلى عقبةْ

(٢) في (أ): في الحديث، وفي (ب): وفي الحديث، وفي (هـ): ففي الحديث.

(٣) رواه الأصبهاني في «الترغيب والترهيب» (٢١٧٨) بلفظ: «عدل ساعة خير من عبادة ستين سنة»، وقال في «نصب الراية» ٤/ ٦٧: غريب بهذا اللفظ، وذكر في معناه حديث الطبراني (١١٩٣٢): «يومٌ من إمامٍ عادلٍ أفضلُ من عبادة ستين سنة».

ودفعًا لظُلم الظَّالِمين.

والحَديثُ مَحمولٌ على من كان طالِبًا للقَضاء.

ولا يَسألُه.

ويَنبَغي أن لا يَطلُبَه ولا يَسألَه؛ لقَوله صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ: «من سَأل القَضاءَ وُكِل إلى نَفسه، ومن أُجبِر عليه نَزَل عليه مَلَكٌ يُسدِّدُه»(١)، أي يُلهِمُه الرُّشدَ ويُوفِّقُه للصَّواب.

ولأن من سَأل القَضاءَ فقد اعتَمَد على عِلمه ووَرَعِه(٢) وفِطنَتِه، فصار مُعجَبًا، فلا يُلهَمُ الرُّشدَ، ويُحرَمُ التَّوفيقَ، ومن أُكرِه عليه فقد اعتَصَم بحبل اللهِ تَعالى وتَوكَّل عليه، ومن يَتوكَّلْ على الله فهو حسبُه، فيُلهَمُ الرُّشدَ ويُوفَّقُ للصَّواب.

ويَجوزُ تَقلُّدُ القَضاءِ من السُّلطان الجائِرِ كما يَجوزُ من العادِل؛ فالصَّحابةُ رِضوانُ اللهِ عليهم تَقلَّدوه من مُعاوِيةَ بعدَما أظهَر الخِلافَ مع عليٍّ رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُمَا(٣)، والحقُّ كان مع عليٍّ رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُ في نَوبته(٤).

(١) رواه الإمام أحمد (١٢١٨٤)، والترمذي (١٣٢٣)، وابن ماجه (٢٣٠٩).

(٢) في (ب): وزعمه.

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/ ٦٩: تولى أبو الدرداء القضاء بالشام وبها مات، وكان معاوية استشاره فيمن يولي بعده، فأشار عليه بفُضالة بن عبيد الأنصاري، فولاه الشام بعده.

وأما أن الحق كان بيد عليٍّ في نوبته، فالدليل عليه قول النبي صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ لعمار: «تقتلك الفئة الباغية»، ولا خلاف أنه كان مع علي، قال إمام الحرمين في كتاب «الإرشاد»: وعليٌّ رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُ كان إمامًا حقًّا في ولايته، ومقاتلوه بغاة، وحسن الظن بهم يقتضي أن يُظن بهم قصدُ الخير، وإن أخطأوه.

(٤) أي في خلافته؛ لأن الخلافة كانت له بعد عثمان رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُ بالنص، وقيد بقوله: (في نوبته): احترازًا عن مذهب الروافض، فإنهم يقولون: الحق مع علي رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُ في جميع نُوَب الخلفاء، في نوبة أبي بكر وعمر وعثمان رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُمۡ، ومع أولاده بعد علي رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُ، وعند أهل السنة رَحِمَهُمُٱللَّهُ: معاوية رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُ =

والتَّابِعون تَقلَّدوه من الحَجّاج[1]، وكان جائِرًا، فقد قال الحسَنُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ فيه: لو جاء كلُّ أُمّةٍ بخَبِيثاتها وجِئنا به لغَلَبناهم!

ولكن إنما يَجوزُ تَقلُّدُ القَضاءِ من السُّلطان الجائِرِ إذا كان يُمكِّنُه من القَضاء بحقٍّ[2]، أما إذا كان لا يُمكِّنُه: فلا؛ لأن المَقصودَ لا يَحصُلُ بالتَّقلُّد منه.

فإن تَقلَّد: سَأل دِيوانَ[3] قاضٍ قبلَه، ونَظَر في المَحبوسين[4]، فمن أقَرَّ بحقٍّ، أو قامَت عليه بَيِّنةٌ: ألزَمه، وإلا نادَى عليه.

ومن تَقلَّد القَضاءَ سَأل دِيوانَ القاضِي الذي كان قبلَه.

ودِيوانُ القاضِي: الخَرائطُ التي فيها نُسَخُ السِّجِلّاتِ، والصُّكوكِ، والمَحاضِرِ، ونُصُبِ الأوصِياءِ[5]، والقِيَمِ في أموال الوقفِ، وتَقديرِ النَّفَقاتِ.

=كان باغيًا في نوبة علي رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، وبعده إلى زمان ترك أمير المؤمنين الحسن رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ الخلافة إليه، فانعقد الإجماع على خلافة معاوية رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ. «البناية» ٩/ ١٤.

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٧٠: روى البخاري في «تاريخه الوسط» (١٢٣٢): كان أبو بردة على قضاء الكوفة، فعزله الحجاج، وجعل أخاه مكانه. انتهى. وقال في مكان آخر (٩٩٨): استقضى الحجاج أبا بردة بن أبي موسى، وأجلس معه سعيد بن جبير، ثم قُتل سعيد بن جبير، ومات الحجاج بعده بستة أشهر، ولم يَقتل بعده أحدًا. انتهى باختصار، وذكر آثارًا أخرى.

(٢) في (ب): بالحق.

(٣) الديوان: جريدة الحساب، ثم أطلق على الحاسب، ثم على موضعه، مُعَرَّب، وأصله دوان. «التوقيف» ص١٦٩. الديوان: السجل، والدفتر. ديوان الحكم: الدفتر الذي يكتب فيه القاضي ما يحتاج إلى ضبطه. الدفاتر التي تدون فيها الحجج ونحوها. «لغة الفقهاء» ص٢١٢.

(٤) في (ف): حال المحبوسين.

(٥) في (هـ): الأولياء.

وهذا لأن القاضِيَ يَكتُبُ نُسختَين، إحداهما تكونُ في يَد الخصمِ، والأُخرى تكونُ في دِيوان القاضِي؛ لأنه ربما يُحتاجُ إليها لِمَعنًى من الْمَعانِي، وما في يَد الخصمِ لا يُؤمَنُ عليه من الزِّيادة والنُّقصانِ.

ثم البَياضُ الذي كَتَب عليه القاضِي الْمَعزولُ هذه النُّسَخَ إن كان من بَيت المالِ: يُجبَرُ على الدَّفع؛ لأن ذلك إنما كان في يَده لعَمَله، وقد صار العمَلُ لغَيره، فلا يُترَكُ في يَده.

وكذا إن كان من ماله أو من مال الخُصومِ في الصَّحيح؛ لأنه ما اتَّخَذه للتَّموُّل، بل للتَّديُّن، وكذا الخُصومُ تَرَكوا ذلك في يَده لعَمَله، وقد تَحوَّل العمَلُ إلى غَيره.

ويَبعَثُ رَجُلَين من ثِقاته ليَقبِضا دِيوانَه بحَضرة القاضِي الْمَعزولِ أو أمينِه، والواحِدُ يَكفي، والاثنان أحوَطُ.

ويَسألان القاضِيَ الْمَعزولَ شيئًا فشيئًا، فما كان فيها من نُسَخ السِّجلّاتِ يَجمَعانِ في خَريطةٍ، وما كان من نُصُب الأوصِياءِ في أَموال اليَتامى يَجمَعانِ في خَريطةٍ، وما كان من تَقدير النَّفَقاتِ يَجمَعانِ في خَريطةٍ، وما كان من نُسخةِ قِيَمِ الأوقافِ يَجعَلانِ في خَريطةٍ، وما كان من الصُّكوك يَجمَعانِ في خَريطةٍ.

لأن هذه النُّسَخَ كانت تحتَ تَصرُّفِ القاضِي الْمَعزولِ، فلا يَشتبِهُ عليه شيءٌ من ذلك متى احتَاج إلى نُسخةٍ منها، فأما القاضِي الْمُقلَّدُ: فيَشتبِهُ عليه لو لم يَجمَعا كلَّ نوعٍ في خَريطةٍ، ولو احتَاج إلى نوعٍ منها يَحتاجُ إلى تَفتيش جَميعِها.

وإنما يَسألان القاضِيَ الْمَعزولَ وإن لم يكن قولُه حُجّةً: لالتِحاقه بواحِدٍ من الرَّعايا؛ ليَنكشِفَ عليهما ما أشكَل عليهما.

ومتى قَبَضا ذلك يَختُمانِ على ذلك؛ احتِرازًا عن الزِّيادة والنُّقصانِ.

ونَظَر في حال الْمَحبوسِين؛ لأنه نُصِّب ناظِرًا للمُسلِمين، فمن أقَرَّ بحقٍّ، أو أنكر فقامت عليه بيِّنةٌ: ألزمه إيّاه.

ولا يُقبَلُ قولُ الْمَعزولِ عليه إلا ببيِّنةٍ؛ لأنه صار كواحِدٍ من الرَّعايا.

وشَهادةُ الفردِ ليست بحُجّةٍ، خُصوصًا إذا كانت على فِعل نفسِه، وإلا لم يُعجِّل بتَخلِيته حتى يُناديَ عليه، أي: يَأمُرَ مُنادِيًا يُنادِي كلَّ يومٍ إذا جَلَس[1]: (من كان يَطلُبُ فُلانَ بنَ فُلانٍ الْمَحبوسَ الفُلانيَّ بحقٍّ فلْيَحضُرْ حتى يُجمَعَ بينَه وبينَه)، فإن حَضَر، وإلا فمن رَأى القاضِي أن يُطلِقَه يُنادِي كذلك أيّامًا، فإن حَضَر خصمٌ واحِدٌ منهم جَمَع بينه وبينَه، وإن لم يَحضُر تَأنّى في ذلك أيّامًا على حَسَب ما يَرى القاضِي، فإن لم يَحضُر خصمٌ أخَذ منهم كَفيلًا[2] بأنفُسهم وأطلَقهم.

وعَمِل في الوَدائِع وغَلّاتِ الوقفِ ببَيِّنةٍ أو إقرارٍ.

ويَنظُرُ في الوَدائِع وغَلّاتِ الوقفِ، فيَعمَلُ على ما تَقومُ به البَيِّنةُ أو الإقرارُ؛ لأن كلَّ ذلك حُجّةٌ.

ورَدَّ قولَ الْمَعزولِ، إلا أن يُقِرَّ ذُو اليدِ أنه سَلَّم إليه.

ولا يَقبَلُ قولَ الْمَعزولِ؛ لِما مَرّ، إلا أن يُقِرَّ ذو اليدِ أن الْمَعزولَ سَلَّمها إليه؛ لأنه ثَبَت بإقراره أن اليدَ كانت للقاضِي، فيَصِحُّ إقرارُ القاضِي كأنه في يَده في الحال؛ لأن من في يَده مالٌ إذا أقَرَّ بذلك المالِ لإنسانٍ يُقبَلُ إقرارُه، إلا إذا بَدأ ذو اليدِ بالإقرار لغَيره، فيُسلِّمُ إلى الْمُقَرِّ له الأوّلِ؛ لسَبْق حقِّه، ثم يَضمَنُ للقاضِي[3] الْمَعزولِ قِيمةَ ذلك العَينِ

(١) في (ب): حبسه.

(٢) في (أ): كفلاء.

(٣) في (د): القاضي.

أو مثلَه بإقراره أن[1] اليدَ كانت له، فيأخذُ المعزولُ، ويُسلِّمُ إلى الذي أقرَّ القاضي له.

وقضى في مَسجِدٍ(ف)، أو دارِه.

ويَجلِسُ في الْمَسجِد للقَضاء، والْمَسجِدُ الجامِعُ أولى؛ لأن مَجلِسَ القاضِي يَنبَغي أن لا يَكونَ مَخفيًا على الغُرباء[2] وأهلِ البَلدةِ، والْمَسجِدُ الجامِعُ في كلِّ بَلدةٍ أشهَرُ الْمَواضِعِ، ولا يَخفى على أحدٍ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُكرَهُ الجُلوسُ في الْمَسجِد؛ لأنه يَحضُرُه الْمُشرِكُ، وهو نَجِسٌ؛ لقَوله تَعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾ [التوبة: ٢٨]، والحائِضُ، وهي مَمنوعةٌ عن الدُّخول في الْمَسجِد، ولأنه بُنِي لذِكر اللهِ تَعالى لا للخُصُومات الصّادّةِ عنه.

ولنا: قولُه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إنما بُنِيت الْمَساجِدُ لذِكر اللهِ تَعالى والحُكمِ»[3]، فسَوّى بينَهما، فكان عِبادةً كالصَّلاة، فيُقامُ فيها كالصَّلاة.

وكان رَسولُ اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَفصِلُ بينَ الخُصومِ في مُعتكَفه[4]، والخُلَفاءُ

---

(١) في (هـ): لأن.

(٢) في سوى (أ): الغرماء.

(٣) قال في «نصب الراية» ٤/ ٧٠: غريب بهذا اللفظ، وأخرجه مسلم (٢٨٥) ليس فيه (الحكم)، رواه في الطهارة من حديث أنس قال: بينما نحن في المسجد مع رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، إذ جاء أعرابي، فقام يبول في المسجد، فقال أصحاب رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: مه مه، فقال عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «لا تزرموه، دعوه»، فتركوه حتى بال، ثم إنه عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ دعاه، فقال له: «إن هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول، ولا القذر، وإنما هي لذكر الله، والصلاة وقراءة القرآن»، قال: وأمر رجلًا من القوم فدعا بدلو من ماء، فشَنّه عليه. انتهى.

(٤) من ذلك ما رواه البخاري (٤٢٣) ومسلم (١٤٩٢) عن سهل بن سعد: أن رجلاً قال: يا رسول الله! أرأيت رجلًا وجد مع امرأته رجلًا أيقتله؟ فتلاعنا في المسجد، وأنا شاهد. =

الرَّاشِدون رَحِمَهُمُ اللَّهُ كانُوا يَجلِسون في الْمَسجِد لفَصل الخُصوماتِ[1].

ونَجاسةُ الْمُشرِكِ في اعتِقاده لا على ظاهِر بدَنِه، فيَجوزُ دُخولُه فيه.

والحائِضُ مُسلِمةٌ تَحترِزُ عن دُخول الْمَسجِدِ ظاهِرًا، فتُخبِرُ بأنها حائِضٌ، فيَخرُجُ القاضِي إليها فيَنظُرُ في خُصومتها، أو يَأتي[2] إلى باب الْمَسجِدِ، كما لو وَقَعت الخُصومةُ في دابّةٍ[3]، فإنه يَخرُجُ القاضِي لسَماع الدَّعوى والشَّهادةِ من الشُّهود، والإشارةِ إليها، كذا هنا، أو يَبعَثُ من يَفصِلُ بينَها وبينَ خصمِها.

ولو جَلَس القاضِي في داره: لا بأسَ به، ويَأذَنُ للنّاس بالدُّخول فيها.

ويُجلِسُ معه من كان يُجلِسُ قبلَ ذلك؛ لأن الجُلوسَ وحدَه في داره يُورِثُ التُّهمَةَ.

ورَدَّ هَدِيّةَ غيرِ مَحرَمِه إن لم يُعهَد قبلَ القَضاءِ، ودَعوةً خاصّةً[4].

= وقال في «نصب الراية» ٤/ ٧١: فيه أحاديث: فأخرج الجماعة إلا الترمذي عن كعب بن مالك: أنه تقاضى ابن أبي حدرد دَينًا كان له عليه في المسجد، فارتفعت أصواتهما، حتى سمعهما رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وهو في بيته، فخرج إليهما حتى كشف سجف حجرته، فنادى: «يا كعب»، قال: لبيك يا رسول الله، فأشار بيده أن ضع الشطر من دَينك، قال كعب: قد فعلت يا رسول الله، قال: «قم فاقضه». انتهى.

وقال العلامة قاسم في «التعريف والإخبار» بعد أن نقل عن المخرجين الكلام الآنف ٢/ ٣٥٣: ليس في الحديث ما يدل على أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان معتكفًا، ولا أعلم أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اعتكف في بيته قط، فعلى تقدير أن يكون هذا قضاءً فإنما كان عند باب حجرته، والله أعلم. انتهى.

(١) قال في «نصب الراية» ٤/ ٧٢: غريب، وفي «صحيح» البخاري في باب من قضى ولاعن في المسجد (٩/ ٦٨): ولاعن عمر عند منبر النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وقضى شريح، والشعبي، ويحيى بن يعمر.. في المسجد، وقضى مروان على زيد بن ثابت باليمين عند المنبر... إلخ.

(٢) في (هـ): تأتي، وفي (أ) و(د) غير منقوطة.

(٣) في (ب): كما لو وقف في بابه.

(٤) الدعوة الخاصة: هي ما لا يُتّخذ إن لم يحضر. «ملتقى الأبحر» ص٢٢١.

ولا يَقبَلُ هَدِيَّةً؛ لأن هَدايا الأُمَراءِ غُلولٌ، إلا من ذي رَحِمٍ مَحرَمٍ؛ لأنه من صِلة الرَّحِمِ، أو ممن جَرَت عادتُه قبلَ القَضاءِ بمُهاداته؛ لأنه لا يَصيرُ آكِلًا بقَضائه، بل باعتِبار الْمُعتادِ بينَهما.

ولو كان للقَريب[1] خُصومةٌ لا يَقبَلُ هَدِيَّتَه أيضًا، وكذا لو زاد الْمُهدِي على الْمُعتاد يَرُدُّ الزِّيادةَ؛ لأنه إنما زاد لأَجل القَضاءِ، وكذا لو وَقَعت له[2] خُصومةٌ لا يَقبَلُ أيضًا؛ للتُّهَمة.

ولا يَحضُرُ دَعوةً إلا أن تَكونَ عامّةً؛ لأنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يَقضِي بينَ النّاسِ ويُجيبُ الدَّعوةَ[3]، وكان يَقولُ: «من لم يُجِب الدَّعوةَ فقد عَصى أبا القاسِمِ»[4].

---

(١) في (هـ): للغريب.

(٢) في (ب): رفعت بخصومة.

(٣) روى الإمام أحمد (١٣١٧٧) والترمذي (١٣٣٨) عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لو أهدي إلي كراع لقبلت، ولو دعيت عليه لأجبت».

وروى النسائي (٥٣٥١) عن علي قال: صنعت طعامًا، فدعوت النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فجاء، فدخل فرأى سترًا فيه تصاوير، فخرج وقال: «إن الملائكة لا تدخل بيتًا فيه تصاوير».

ومن ذلك دعوة أبي طلحة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ للنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وقد رواها البخاري (٣٥٧٨)، ومسلم (٢٠٤٠).

(٤) قال في «نصب الراية» ٤/ ٢٢١: أخرج مسلم بمعناه في «الصحيح» في النكاح (١٤٣٢) عن ثابت ابن عياض الأعرج عن أبي هريرة: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «شر الطعام طعام الوليمة، يُمنَعُها من يأتيها، ويدعى إليها من يأباها، ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله». انتهى. هكذا رواه مسلم مرفوعًا، ورواه الباقون إلا الترمذي موقوفًا من حديث ابن شهاب عن الأعرج عن أبي هريرة أنه كان يقول: شر الطعام طعام الوليمة، يدعى إليها الأغنياء، ويترك الفقراء، ومن لم يجب دعوة فقد عصى الله ورسوله. انتهى... ولكنه موقوف في حكم المرفوع.

ولأن الدَّعوةَ إذا كانت عامّةً لا يَكونُ القاضِي مَقصودًا، بخِلاف ما إذا كانت خاصّةً؛ لأن الْمَقصودَ هو القاضِي حينَئذٍ، فيَصيرُ آكِلًا بقَضائه.

والصَّحيحُ: أن الْمُضِيفَ لو عَلِم أن القاضِيَ لا يَحضُرُها لا يَتَّخِذُها: فهي خاصّةٌ، وإن كان يَتَّخِذُها فهي عامّةٌ.

وإن كان بينَ القاضي وبينَ الْمُضيفِ قَرابةٌ: يُجِيبُه وإن كانت الدَّعوةُ خاصّةً؛ لأن إجابةَ دَعوتِه صِلةُ الرَّحِمِ، كذا ذَكَر الخصّافُ بلا خِلافٍ، وذَكَر الطَّحاويُّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: أن على[1] قَول أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: لا يُجيبُ الدَّعوةَ الخاصّةَ للقَريب، وعلى قَول محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: يُجيبُ.

وإنما لا يُجيبُ[2] الدَّعوةَ الخاصّةَ للأجنَبيِّ: إذا لم يَتَّخِذ الدَّعوةَ لأَجله قبلَ القَضاءِ.

ويَشهَدُ الجَنازةَ، ويَعودُ الْمَريضَ.

ويَشهَدُ الجَنازةَ، ويَعودُ الْمَريضَ؛ لأنهما من حُقوق الْمُسلِمِ على الْمُسلِم، قال صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ: «للمُسلِم على الْمُسلِم سِتّةُ حقُوقٍ...»، وذَكَر منها هذين[3]، وحقُّ الْمُسلِمِ لا يَسقُطُ عنه بتَقلُّد القَضاءِ، لكنه لا يُطيلُ مُكثَه في ذلك الْمَجلِس.

وهذا إذا لم يكن الْمَريضُ من الْمُتخاصِمين، فإن كان: فلا يَنبَغي أن يَعودَه.

ولْيُسوِّ بينَهما جُلوسًا وإقبالًا، ولْيَتَّقِ عن مُسارّة[4] أحَدِهما، وإشارتِه، وتَلقينِ

---

(١) سقطت من (ج) و(د).

(٢) في (ب) و(د): وإنما يجيب.

(٣) رواه مسلم (٢١٦٢) بلفظ قريب، والبخاري (١٢٤٠) بلفظ قريب أيضًا، لكن بلفظ «خمس».

(٤) سَارّه في أُذُنه مُسارّةً وسِرارًا -بالكسر- وتسارُّوا: تناجوا. «المصباح» ص١٤٦.

حُجّتِه، وضِيافتِه، والضَّحِكِ، والْمِزاحِ[1]، وتَلقينِ(س) الشّاهِدِ.

ولْيُسَوِّ بينَهما إذا حَضَرا جُلوسًا وإقبالًا؛ لقَوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذا ابتُلِي أحَدُكم بالقَضاء فلْيُسَوِّ بينَهم في الْمَجلِس والإشارةِ[2] والنَّظَرِ»[3].

ولْيَتَّقِ عن مُسارّة أحَدِهما، وإشارتِه، وتَلقينِ حُجّتِه، وضِيافتِه، والضَّحِكِ في وَجهِه، والْمِزاحِ معه أو مع غيرِه، وتَلقينِ الشّاهِدِ؛ لأن ذا يَكسِرُ قلبَ الآخَرِ، وتُلحَقُ به تُهمةُ الميلِ، فربما يَذهَبُ ويَترُكُ حقَّه حِذارَ جَورِه.

ومَعنى تَلقينِ الشّاهِدِ: أن يَقولَ: (أتشهَدُ[4] بكذا وكذا)؛ لأن فيه إعانةً لأحَد الخَصمَين، فيُكرَهُ، كتَلقين الخصمِ.

واستَحسَنه أبو بوسف رَحِمَهُ اللَّهُ في غَير مَوضِعِ التُّهَمةِ؛ لأن الشّاهدَ قد يَحصَرُ؛ فإن لِمَجلِس القَضاءِ هَيبةً، وللقاضِي حِشمةً، فكان تَلقينُه إحياءً لحُقوق الْمُسلِمين، وصِيانةً لها عن التَّعطيل، كالإشخاص والتَّكفيلِ[5].

---

(١) الْمِزاح بالكسر والحاء المهملة: مباسطة لا تؤذي المخاطب، ولا توجب حقارته، بخلاف الهزل والسخرية، أي الاستهزاء. «الدستور» ٣/ ١٧٥.

(٢) في (ب): بالإشارة.

(٣) رواه إسحاق بن راهويه (١٨٤٦)، وأبو يعلى (٥٨٦٧)، والدارقطني (٤٤٦٦)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٧٣.

(٤) في (ب): أما تشهد، وفي (هـ): اشهد.

(٥) قال في «البناية» ٩/ ٢٥: الإشخاص هو: إرسال شخص ليحضر خصمه، ويقال شخص من بلد إلى بلد شخوصًا: أي ذهب، من حد منع، وأشخصه غيره.

والتكفيل هو: أخذ الكفيل لأحد الخصمين؛ لأنه لم يكن ذلك من جنس إعانة أحد الخصمين. انتهى بتصرف يسير.

فصل في الحبس[1]

فإن ثَبَت حقُّه عندَه: أمَر بدَفعه، فإن أَبى: حَبَس لو ثَمَنًا، وقرضًا، ومهرًا مُعجَّلًا، وكَفالةً، لا في غَيره إن ادَّعى الفقرَ.

وإذا ثَبَت الحقُّ عندَ القاضِي، وطَلَب صاحِبُ الحقِّ حبْسَ غَريمِه: لم يُعجِّل بحَبسه، وأمَره بدَفع ما عليه.

وهذا إذا ثَبَت بالإقرار، فإن ثَبَت بالبيِّنة: حَبَسه كما ثَبَت؛ لأن الحبسَ جزاءُ الظُّلمِ، وبالْمَطل يَصيرُ ظالِمًا؛ لقَوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَطلُ الغنيِّ ظُلمٌ»[2].

ولَمّا كان مُقِرًّا لم يُعرَف كونُه مُماطِلًا في الحال، فربما طَمِع في الإمهال فلا يَستصحِبُ المالَ، وفيما إذا ثَبَت بالبيِّنة ظَهَر مَطلُه بإنكاره.

فإن أَبى: حَبَسه في كلِّ دَينٍ لَزِمه بدَلًا عن مالٍ حَصَل في يَده، كالثَّمَن والقرضِ[3]، أو التَزَمه بعقدٍ، كالْمَهر الْمُعجَّلِ والكَفالةِ؛ لثُبوت أمارةِ غِناه في هذين الْمَوضِعَين.

أما في الأوَّل: فلأنه ظَهَرت قُدرتُه بما دَخَل في مِلكه، وزَوالُه مُحتمَلٌ.

وأما في الثّاني: فلأن التِزامَه باختِياره دَليلُ يَسارِه؛ إذ الظّاهرُ أنه لا يَلتزِمُ إلا ما يَقدِرُ على أَدائه.

---

(١) الحبس: المنع والإمساك. «لغة الفقهاء» ص١٧٤.

(٢) رواه البخاري (٢٢٨٧)، ومسلم (١٥٦٤).

(٣) في (أ): والعرض.

وأما إذا طَلَبت الْمَرأةُ الْمُؤجَّلَ من الْمَهر بعدَما دَخل بها: فالقولُ للزَّوج في عُسرته؛ لأنه لا دَلالةَ هنا على القُدرة.

فإن أثبَت غَريمُه غِناه: حَبَس بما رَأى، ثم سَأل عنه، فإن لم يَظهَر مالُه: خَلّاه.

ولا يَحبِسُه في غَير ذلك إن ادَّعى الفقرَ، إلا أن يُثبِتَ غَريمُه أن له مالًا، فيَحبِسُه بما رَأى؛ لأنه لم تُوجَد أمارةُ غِناه، والأصلُ في الآدَميِّ العُسرةُ، فيَكونُ القولُ لمن عليه، وعلى الْمُدَّعي إثباتُ غِناه.

وذَكَر الخصّافُ رَحِمَهُ اللَّهُ: أن القولَ للمَديون في جَميع ذلك؛ لأنه يَتمسَّكُ بالأَصل، وهو العُسرةُ، وربُّ الدَّينِ يَدَّعي أمرًا عارِضًا.

وقِيل: إن كان الدَّينُ وَجَب بدَلًا عما هو مالٌ: فالقولُ للمُدَّعي، وإن كان الدَّينُ بدَلًا عما ليس بمالٍ: فالقولُ للمُدَّعى عليه.

وما[1] يُؤيِّدُ هذين القَولَين مَسألتان:

إِحداهما: أن الْمَرأةَ إذا ادَّعت على زَوجها أنه مُوسِرٌ، وادَّعت نَفَقةَ الْمُوسِرين، وزَعَم الزَّوجُ أنه مُعسِرٌ وعليه نَفَقةُ الْمُعسِرين: فالقولُ للزَّوج أنه مُعسِرٌ؛ لتَمسُّكه بالأصل.

وثانيهما: أن أحدَ الشَّريكَين إذا أعتَق العبدَ الْمُشترَكَ، وزَعَم أنه مُعسِرٌ: فالقولُ للمُعتِق.

فهاتان الْمَسألتان تُخالِفان القولَ الأوَّلَ؛ لأن فيهما التِزامًا؛ إذ إقدامُه على النِّكاح والإعتاقِ أمارةُ قُدرتِه على النَّفَقة والضَّمانِ، كما في الْمَهر والكَفالةِ.

---

(١) في (هـ): ومما.

وتَخريجُهما على القَول الأوَّلِ: أن هذا ليس بدَينٍ مُطلَقٍ، بل هو صِلةٌ[1]؛ ألا ترى أن النَّفَقةَ تَسقُطُ بالْمَوت، وضَمانُ العَتقِ كذلك عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

ثم فيما كان القولُ للمُدَّعي أن له مالًا، أو ثَبَت ذلك بالبَيِّنة فيما كان القولُ للمَديون أنه لا مالَ له: يَحبِسُه شَهرَين أو ثَلاثةً، ثم يَسألُ عنه، فالحبسُ لظُهور ظُلمِه في الحال.

وإنما يَحبِسُه مُدّةً ليَظهَرَ مالُه لو كان له مالٌ، فلا بُدَّ أن تكونَ الْمُدّةُ مَديدةً لتَحصُلَ هذه الفائِدةُ، فقُدِّر بشَهرَين أو ثَلاثةٍ لهذا.

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه مُقدَّرٌ بشهرٍ، وعنه: بسِتّة أشهُرٍ، وعنه: بأربَعة أشهُرٍ.

والصَّحيحُ: أن التَّقديرَ فيه مُفوَّضٌ إلى رَأي القاضِي؛ لأن الحبسَ للإضجار، وذا مما تَختلِفُ فيه أحوالُ النّاسِ.

فإن لم يَظهَر له مالٌ خَلَّىٰ سَبيلَه، أي بعدَ مُضِيِّ الْمُدّةِ؛ لقَوله تَعالى: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٠]، فحبسُه بعدَه يَكونُ ظُلمًا.

ورَدَّ البَيِّنَةَ على إِفلاسه قبلَ حبسِه، وبَيِّنةُ اليَسارِ أَولى.

ولو قامت البَيِّنةُ على إِفلاسه قبلَ حبسِه: لا تُقبَلُ عندَ الجُمهورِ، وقِيل: تُقبَلُ.

وإن أَقام الْمَحبوسُ بيِّنةً على عُسرته، وأَقام ربُّ الدَّينِ بيِّنةً على يَساره: فبيِّنةُ اليَسارِ أَولى؛ لأنها تُثبِتُ أمرًا عارِضًا.

ولم يَحُل بينَه وبينَ غُرَمائِه.

ولا يَحولُ بينَه وبينَ غُرَمائِه، وهذا بَيانُ الْمُلازَمةِ، وسيَجيءُ في كِتاب الحَجرِ إن شاء اللهُ تَعالى.

---

(١) في (ب): مثله.

وأبَدَ[1] حبْسَ المُوسِرِ.

وذَكَر في «الجامِع الصَّغيرِ»: رَجُلٌ أقَرَّ عندَ القاضِي بدَينٍ فإنه يَحبِسُه ثم يَسأَلُ عنه، فإن كان[2] مُوسِرًا أبَّد حبْسَه، وإن كان مُعسِرًا خلّى سَبيلَه.

قال فخرُ الإسلامِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ: مَعنى المَسألةِ: إذا كان جاحِدًا فأقَرَّ عندَ القاضِي، وظَهَر للقاضِي جُحودُه عندَ غيرِه ومُماطلَتُه، أو ظَهَر له مُماطلَتُه بعدَما أقَرَّ عندَ غيرِه، فحينَئِذٍ يَحبِسُه، فأما إذا أقَرَّ مرّةً: فلا يَحبِسُه؛ لِما مَرّ.

ويُحبَسُ لنَفَقة زَوجتِه، وكلِّ دَينٍ نَزْرٍ[3]، إلا أبَوَيه وجَدَّيه.

ويُحبَسُ الرَّجُلُ لنَفَقة زَوجتِه وكلِّ دَينٍ نَزْرٍ[4]؛ لأنه ظالِمٌ بالامتِناع، والحبسُ جَزاءُ الظُّلمِ.

ما خَلا دَينَ الولَدِ على أبَوَيه أو جدِّه أو جدّتِه، وإن عَلَوا؛ لقَوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا يُقادُ والِدٌ بوَلَده»[5]، وهذا نوعُ عُقوبةٍ، فلا يَستحِقُّه الولَدُ على أبَوَيه وجَدَّيه، كالحُدود والقِصاصِ.

---

(١) الأبد: الدهر، والأبد أيضًا: الدائم، والتأبيد: التخليد. «المطلع» ص٢٠٠.

(٢) في (ب): بان. وانظر «الهداية» ٣/ ١٠٥.

(٣) في (ن): برز، وفي الحاشية: أي ظهر، وفي نسخة على هامش (ف): يرد، وفي حاشية (س): قليل. والنزر: القليل التافه، وبابه ظرف، وعطاء منزور: أي قليل. «المختار» ص٣٠٨.

(٤) كذا في (أ) و(ب)، وفي (ج): برز، وفي (د) غير منقوطة، وفي (هـ): يرن. والمثبت يدل عليه قول العيني في «البناية» ٩/ ٣٣: ويُحبس الرجل... إلى آخره: لأنه ظالم، فيحبس وإن كان مقدار النفقة يسيرًا، بأن كان درهمًا أو دانقًا. انتهى.

(٥) رواه الإمام أحمد (٩٨)، والترمذي (١٤٠٠)، وابن ماجه (٢٦٦٢)، والدارقطني (٣٢٧٧)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٣٣٩.

وحُبِس الأبُ الآبِي من نَفَقة طِفلِه.

وحُبِس الأبُ الآبِي من نَفَقة طِفلِه؛ لأن النَّفَقةَ لحاجة الوقتِ، فهو بالْمَنع قَصَد إهلاكَه، ولأن سائِرَ الدُّيونِ لا تَسقُطُ بتَأخير الأداءِ، والنَّفَقةُ تَسقُطُ بمُضِيِّ الوقتِ.

بابُ كتابِ(1) القاضي إلى القاضي(2)

ويَكتُبُ القاضِي إلى القاضِي في غَير حدٍّ وقِصاصٍ.

ويَكتُبُ القاضِي إلى القاضِي في غَير حدٍّ وقَودٍ.

اعلَم أن كِتابَ القاضِي إلى القاضِي مَقبولٌ في الحُقوق، كالدَّين والنِّكاحِ -بأن ادَّعى رَجُلٌ نِكاحًا على امرَأةٍ أو بالعَكس، وأَراد كِتابَ القاضِي بذلك-، والطَّلاقِ(3) -بأن ادَّعت طَلاقًا على زَوجها-، والشُّفعةِ، والوَكالةِ، والوصِيّةِ، والوَفاةِ، والوِراثةِ، والقتلِ إذا كان مُوجَبُه المالَ، والنَّسَبِ من الحيِّ والميْتِ، والغصبِ، والأمانةِ الْمَجحودةِ، والْمُضارَبةِ الْمَجحودةِ؛ لأن كلَّ ذلك بمَنزِلة الدَّينِ، والدَّينُ يُعرَفُ بالقَدْر والوصفِ، ولا يُحتاجُ فيه إلى الإشارة.

والعَقارِ؛ لأنه يُعرَفُ بالتَّحديد، ولا يُحتاجُ فيه إلى الإشارة.

ولا يُقبَلُ في الأَعيان الْمَنقولةِ، كالثِّياب، والعَبيدِ، والإماءِ؛ للحاجة إلى الإشارة فيما يُنقَلُ عندَ الدَّعوى والشَّهادةِ.

---

(1) في (هـ): كتابة.

(2) كتاب القاضي إلى القاضي: أي رسالة من قاضٍ في بلد إلى قاضٍ في بلد آخر، تحتوي شهادة الشهود على الغائب أو غير ذلك. «لغة الفقهاء» ص٣٧٧.

الكتاب الحكمي عند الفقهاء: ما يكتب فيه شهادة الشهود على غائب بلا حكم، ليحكم المكتوب إليه من القضاة، ويسمى كتاب القاضي إلى القاضي. «التعريفات الفقهية» ص١٨٠.

(3) معطوف على قوله: والنكاح. وفي (هـ): بالطلاق.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يُقبَلُ في العَبد دونَ الأمةِ؛ لأن الإباقَ يَغلِبُ في العَبيد دونَ الإماءِ، وعنه: أنه يُقبَلُ فيهما بشَرائِطه، أي: يُكلَّفُ الْمُدَّعي إقامةَ البَيِّنةِ أنه كان له عبدٌ فأبَق، وهو اليومَ في يَد فُلانٍ.

ويُعرَّفُ العبدُ غايةَ التَّعريفِ بصِفته، واسمِه، وسِنِّه، وقِيمتِه، والدّارِ التي جُلِب منها.

فإذا كَتَب وخَتَم كما يَجيءُ بعدَها، ووَرَد الكِتابُ على الْمَكتوب إليه: أحضَر ذلك القاضِي الْمُدَّعى عليه والعبدَ، ثم فَكَّ الكِتابَ فنَظَر في العَبد وفي الكِتاب، فإن وافَق حِليةَ الغُلامِ ما في الكِتاب خَتَم في عُنُق العبدِ من الرَّصاص، ودَفَع إلى الْمُدَّعي من غَير أن يَقضِيَ له بالْمِلك، وأخَذ منه كَفيلًا، وأمَره أن يَذهَبَ به إلى القاضِي الكاتِبِ، فإذا ذَهَب به أمَره القاضِي الكاتِبُ بإعادة البيِّنةِ على أن هذا العبدَ بعَينه مِلكُه، فإذا أعاد يَقضِي القاضِي الكاتِبُ به له، ثم يَكتُبُ إلى قاضِي تلك البَلدةِ ليُبرِئَ كَفيلَه.

وعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يُقبَلُ في جَميع ما يُنقَلُ، وعليه الْمُتأخِّرون، قال القاضِي الإسبِيجابيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وعليه الفَتوى.

فإن شُهِد على خصمٍ: حَكَم بالشَّهادة، وكَتَب سِجِلًّا[1]، وإلا كَتَب الشَّهادةَ ليَحكُمَ

(١) السِّجِلُّ -بكسر السين والجيم- الكتاب الكبير، وأسجل له كتابًا يسجل إسجالاً، إذا كتبه له. «المطلع» ص٤٩٠.

السجل: الدفتر الذي تُسَجّل فيه الأمور الهامة التي يراد حفظها.

سجل القاضي: هو الدفتر الذي يسجل فيه القاضي الدعاوى والأحكام. «لغة الفقهاء» ص٢٤١.

المحاضر والسجلات:

المحاضر: التي يكتب فيها قصة المتحاكمين عند حضورهما مجلس الحكم، وما جرى بينهما، وما أظهر كل واحد منهما من حجة، من غير تنفيذ ولا حكم مقطوع به.

والسجلات: الكتب التي تجمع المحاضر، وتزيد عليها بتنفيذ الحكم وإمضائه. =

الْمَكتوبُ إليه بها، وقَرَأ عليهم، وخَتَم عندَهم، وسَلَّم إليهم.

فإن شَهِدوا على خصمٍ: حَكَم بالشَّهادة؛ لوُجود الحُجَّةِ، وكَتَب بحُكمه، وهو الْمَدعوُّ سِجِلًّا.

وإن شَهِدوا بغَير خصمٍ: لم يَحكُم؛ إذ لا يَصِحُّ القَضاءُ على الغائِب، وكَتَب الشَّهادةَ لِيَحكُمَ بها الْمَكتوبُ إليه، وهو الْمَدعوُّ بالكِتاب الحُكميِّ، وهو نقلُ الشَّهادةِ حَقيقةً.

فالحاصِلُ: أن سِجِلَّ القاضِي إلى القاضِي لا يَكونُ إلا بعدَ الحُكمِ، وكِتابَ القاضِي إلى القاضِي لا يَكونُ إلا قبلَ الحُكمِ.

ويُشترَطُ أن يَكونَ الكِتابُ من مَعلومٍ، إلى مَعلومٍ، في مَعلومٍ -أي الْمُدَّعىٰ-، لمعلوم، على مَعلومٍ -أي الْمُدَّعى عليه-.

والقِياسُ يَأبى جَوازَ العمَلِ بكِتاب القاضِي؛ لأن كِتابَه لا يَكونُ أَقوى من خِطابه، ولو حَضَر بنَفسه مَجلِسَ القاضِي الْمَكتوبِ إليه، وعَبَّر[1] بلِسانه ما في الكِتاب: لم يَعمَل به القاضِي، فكذا إذا كَتَب إليه، ولكنّا جَوَّزناه فيما يَثبُتُ مع[2] الشُّبُهاتِ: لحاجة النّاسِ إليه، فقد يَكونُ الشّاهدُ للمَرء على حقِّه في بَلدةٍ، وخصمُه في بَلدةٍ أُخرى، فيَتعذَّرُ عليه الجمعُ بينَهما، ولا يَتمكَّنُ من أن يَشهَدَ على شَهادتهما، فأكثَرُ النّاسِ يَعجِزون عن أَداء الشَّهادةِ على الشَّهادة على وَجهها، فيُحتاجُ إلى نَقل شَهادتِهم بالكِتاب إلى مَجلِس ذلك القاضِي.

ويَجِبُ أن يَقرَأ القاضِي الكِتابَ عليهم ليَعرِفوا ما فيه، أو يُعلِمَهم به إن لم يَقرَأ؛

= وأصل السجل: الصحيفة التي فيها الكتاب، أيَّ كتاب كان. «المستعذب» ٢/ ٣٤٧.

(١) في (هـ): وغير.

(٢) في (ج): لا مع.

إذ لا شَهادةَ بلا عِلمٍ، ثم يَختِمَ بحَضرتهم وُيسلِّمَ إليهم؛ لئلا يُتوهَّمَ التَّغييرُ، وهذا عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ؛ لأن من أَصلهما: أن عِلمَ الشُّهودِ بما في الكِتاب والختمَ بحَضرتهم شرطُ جَوازِ القَضاءِ بذلك.

وكذا حِفظُ ما في الكِتاب من وَقت التَّحمُّلِ إلى وَقت الأداءِ شرطٌ عندَهما، ولهذا يُدفَعُ إليهم كِتابٌ آخَرُ غيرُ مَختومٍ ليَكونَ معهم؛ مَعونةً على حِفظهم.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ آخِرًا: شيءٌ من ذلك ليس بشرطٍ، والشَّرطُ أن يُشهِدَهم أن هذا كِتابُه وخاتَمُه[1]، وعنه: أن الختمَ ليس بشرطٍ أيضًا، فسَهَّل في ذلك حين ابتُلِي بالقَضاء، وليس الخبَرُ كالْمُعايَنة.

واختَار شمسُ الأئمّةِ السَّرَخسيُّ قولَ أبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

فإن وَصَل إلى الْمَكتوب إليه: نَظَر إلى خَتْمه، ولم يَقبَله بلا خصمٍ وشُهودٍ، فإن شُهِد أنه[2] كِتابُ فُلانٍ القاضِي، سَلَّم إلينا في مَجلِس حُكمِه، وقَرأ علينا، وخَتَم: فَتَح، وقَرَأ عليه، وألزَمه ما فيه.

فإن وَصَل إلى الْمَكتوب إليه: نَظَر إلى خَتمه، ولم يَقبَله إلا بحَضرة الخصمِ؛ لأنه بمَنزِلة أداءِ الشَّهادةِ على الشَّهادة؛ إذ الكاتِبُ يَنقُلُ ألفاظَ الشُّهودِ بكِتابه إلى الْمَكتوب إليه، كما أن شاهِدَ الفرعِ يَنقُلُ شَهادةَ شُهودِ الأصلِ بعِبارته، فكما لا تُسمَعُ الشَّهادةُ على الشَّهادة إلا بحَضرة الخصمِ.. فكذا لا يُفتَحُ الكِتابُ إلا بحَضرة الخصمِ، بخِلاف سَماعِ القاضِي الكاتِبِ الشَّهادةَ؛ لأن ذا للنَّقل لا للحُكم، وهذا للحُكم.

ولا يُقبَلُ الكِتابُ إلا بشَهادة رَجُلَين أو رَجُلٍ وامرأتَين؛ لأن الكِتابَ قد يُزوَّرُ

---

(١) في (ج) و(د): وختمه.

(٢) في نسخة على هامش (ف): له.

ويُفتَعلُ[1]، والخطُّ يُشبِهُ الخطَّ، والخاتَمُ يُشبِهُ الخاتَمَ[2]، فلا يَثبُتُ إلا بحُجّةٍ تامّةٍ؛ وهذا لأن كِتابَ القاضِي مُلزِمٌ؛ إذ يَجِبُ على القاضِي أن يَنظُرَ فيه وأن يَعمَلَ به، ولا إلزامَ بلا بيِّنةٍ.

ولا يَلزَمُ كِتابُ الاستِئمانِ من أهلِ الحربِ، فإنه إذا جاء إلينا يَكونُ مُعتبَرًا بلا بيِّنةٍ: لأنه ليس بمُلزِمٍ شيئًا، فإن الإمامَ بالخِيار، إن شاء أعطاه الأمانَ وإن شاء لم يُعطِه، فلا تُشترَطُ البيِّنةُ.

ولا يَلزَمُ رَسولُ القاضِي إلى الْمُزكِّي ورَسولُ الْمُزكِّي[3] إلى القاضِي؛ فإنه يَكونُ مُعتبَرًا بلا بيِّنةٍ: لأن الإلزامَ ثَمَّ بشَهادة الشُّهودِ لا بالتَّزكِية.

فإن قِيل: ما فائِدةُ كِتابِ القاضِي إلى القاضِي ويَحتاجُ أن يُشهِدَ على كِتابه رَجُلَين ليَشهَدا عندَ الْمَكتوبِ إليه؟ فليُشهِدْهما على شَهادة الأُصولِ حتى لا يَحتاجَ إلى الكِتاب.

قُلنا: في الشَّهادة على الشَّهادة يَحتاجُ القاضِي الآخَرُ إلى تَعديل الشُّهودِ الأُصولِ، وقد تَتعذَّرُ مَعرِفةُ عَدالةِ الأُصولِ في تلك البَلدةِ، فلا يَحصُلُ الْمَقصودُ، وهنا يَكتُبُ عَدالةَ الشُّهودِ الذين شَهِدوا عندَه، فلا يَحتاجُ الْمَكتوبُ إليه إلى التَّعديل ثانِيًا.

فإن شَهِدوا أنه كِتابُ فُلانٍ القاضِي سَلَّمه إلينا في مَجلِس حُكمِه، وقَرَأه علينا وخَتَمه: فَتَحه القاضِي وقَرَأه على الخَصم، وألزَمه ما فيه؛ لثُبوت ما في الكِتاب عندَه، وهذا عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

---

(١) في (ج) و(د): وينتقل، وفي (هـ): أو يفتعل.

(٢) في (ب): والختم يشبه الختم.

(٣) في (د): المزكي له.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا شَهِدوا أنه كِتابُه وخَتمُه قَبلَه؛ لِما مَرّ.

والصَّحيحُ: أنه إنما يَفتَحُ الكِتابَ بعدَ ثُبوتِ العَدالةِ، فربما يَحتاجُ إلى زِيادة الشُّهودِ، وأداءُ الشَّهادةِ إنما يُمكِنُ بعدَ قِيامِ الختمِ[1].

وإنما يَقبَلُه الْمَكتوبُ إليه: إذا كان الكاتِبُ على القَضاء، حتى لو مات، أو عُزِل، أو لم يَبقَ أهلًا للقَضاء.. قبلَ وُصولِ الكِتابِ إليه: لا يَقبَلُه؛ لأن الأصلَ أن خبرَ الواحِدِ لا يُقبَلُ، وإنما قَبِلنا خبرَه باعتِبار الوِلايةِ الشَّرعيّةِ، فإذا لم يَبقَ عاد الأمرُ إلى الأَصل[2].

ولهذا لو التَقى قاضٍ قاضِيًا في عَمَل أحَدِهما، أو في مِصرٍ ليس من عَمَلهما، فقال أحَدُهما للآخَر: (قد ثَبَت عِندي كذا فاعمَل به): لم يَقبَل منه؛ لأن الخِطابَ والسَّماعَ أو أحَدَهما وُجِد من غَير القاضِي؛ حيث لم يكن في عَمَله.

وكذا لو مات الْمَكتوبُ إليه، إلا إذا كَتَب: (إلى فُلانِ بنِ فُلانٍ قاضِي بَلدةِ كذا، وإلى كلِّ من يَصِلُ إليه من قُضاة الْمُسلمين)؛ لأنه لَمّا عُرِف الأَوّلُ صَحَّت كِتابةُ القاضِي إليه، فيُجعَلُ غيرُه تَبَعًا له، ورُبَّ شيءٍ يَثبُتُ تَبَعًا ولا يَثبُتُ قصدًا.

ولو كَتَب ابتِداءً: (من فُلانِ بنِ فُلانٍ قاضِي بلدة كذا إلى كلِّ من يَصِلُ إليه كِتابي هذا من قُضاة الْمُسلِمين): لا يَجوزُ عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ، وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَجوزُ، تَوسَّع فيه لَمّا ابتُلِي بالقَضاء.

ولهما: أن إعلامَ الكاتِبِ والْمَكتوبِ[3] إليه شرطٌ، ولا يَحصُلُ الإعلامُ بهذا.

ولو مات الخصمُ: يَنفُذُ الكِتابُ على وَرَثته؛ لِقيامهم مَقامَه.

---

(١) في (ب): الخصم.

(٢) في (هـ): الأصيل.

(٣) في (أ): الكاتب المكتوب.

ولا يُقبَلُ كِتابُ القَاضِي إلى القَاضِي في الحُدود والقِصاصِ؛ لأنه لا يَنفَكُّ عن شُبهةٍ؛ لِما مَرّ، فلا يُقبَلُ فيما يَسقُطُ بالشُّبُهات.

فصل

[في بيان تعداد محال الاجتهاد وما يلحق به(١)]

وتَقضِي(ف) الْمَرأةُ في غَير حدٍّ وقِصاصٍ.

ويَصِحُّ قَضاءُ الْمَرأةِ في كلِّ شيءٍ إلا في الحُدود والقِصاصِ، كشَهادتها؛ إذ حُكمُ القَضاءِ يُستقى من حُكم الشَّهادةِ؛ إذ كلٌّ منهما من باب الوِلايةِ.

ولا يَستخلِفُ قاضٍ، إلا أن يُفوَّضَ إليه، بخِلاف الْمَأمورِ بالجُمُعة.

وليس للقاضِي أن يَستخلِفَ على القَضاء إلا أن يُفوَّضَ إليه ذلك؛ لأنه إنما يَتصرَّفُ عن تَقليدٍ وتَفويضٍ، والخَليفةُ فَوَّض إليه القَضاءَ دونَ التَّقليدِ به، وقد رَضِي برَأيه وعِلمِه وأمانتِه دونَ غيرِه، فلا يَكونُ مُطلَقُ التَّفويضِ إذنًا بالاستِخلاف، وصار كالوَكيل بالبَيع لا يَملِكُ تَوكيلَ غيرِه؛ لهذا.

بخِلاف الْمَأمورِ بإقامة الجُمُعةِ مُطلَقًا؛ حيث يَجوزُ له استِخلافُ غيرِه وإن لم

(١) قال في «مجمع الأنهر» ٢/ ١٦٨: قال في «النهاية»: قد ذكرنا أن كتاب القاضي إذا كان سِجِلاً اتصل به قضاؤه يجب على القاضي المكتوب إليه إمضاؤه إذا كان في محل مجتهَدٍ فيه، بخلاف الكتاب الحكمي، فإن الرأي له في التنفيذ والرد، فلذلك احتاج إلى بيان تعداد محال الاجتهاد بذكر أصل يجمعها، وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به. انتهى.

وقلت في «قلائد الأنحر» ثمة: تنبيه: كثير من محققي كتب ساداتنا رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ سموا الفصل بـ (فصل في قضاء المرأة)، وهو خطأ، إذ لا مناسبة بين الترجمة والفصل إلا في المسألة الأولى، وكثير منهم تركوا تسميته، وما أثبتُّه هو الأنسب والله تعالى أعلم؛ لاستقائه من صدر الكلام المؤلَّف فيه.

يُؤذَنَ بالاستِخلاف؛ لأنه لَمّا فَوَّض إليه إقامةَ الجُمُعةِ مع عِلمِه أن العَوارِضَ المانِعةَ من إقامتها من[1] المرَض، والحدَثِ في الصَّلاة مع ضِيقِ الوقتِ، وغيرِهما.. قد تَعتَريه، ولا يُمكِنُ انتِظارُ الإمامِ الأعظَمِ؛ لأنها لا تَحتمِلُ التَّأخيرَ عن الوَقت.. كان[2] إذنًا له بالاستِخلاف دَلالةً.

وهنا تَأخيرُ سَماعِ الخُصومةِ إلى وُجود الإذنِ من الإمام الأعظَمِ مُمكِنٌ؛ لأنه غيرُ مُؤقَّتٍ بوقتٍ، فلم يَثبُت الإذنُ بالاستِخلاف صَريحًا ودَلالةً، فلا يَملِكُ التَّفويضَ إلى الغَير.

فلو قَضى الثّانِي بمَحضَرٍ من الأوَّل، أو قَضى الثّانِي فأَجاز الأوَّلُ: جاز، كما في الوَكالة؛ لأن المَقصودَ حُضورُ رأيِ الأوَّلِ، وقد وُجِد.

وإذا فَوَّض الخَليفةُ إليه ذلك: يَملِكُه، وصار القاضِي الثّانِي قاضِيًا من جِهة الخَليفةِ لا من جِهة هذا القاضِي، حتى إن هذا القاضِيَ لا يَملِكُ عزلَه إلا أن يَقولَ له الخَليفةُ: (وَلِّ من شِئتَ، واستَبدِل من شِئتَ)، وصار كالمُوكِّل إذا قال للوَكيل: (اعمَل برأيك): صَحَّ تَوكيلُه على المُوكِّل، وصار الثّانِي وَكيلَ المُوكِّلِ، حتى لو مات المُوكِّلُ انعَزَل الأوَّلُ والثّانِي، ولو مات الأوَّلُ لم يَنعزِل الثّانِي، وكذا إن عَزَله الأوَّلُ.

رُفِع إلى قاضٍ حُكمُ حاكِمٍ: أَمضاه إن لم يُخالِف الكِتابَ، والسُّنَّةَ المَشهورةَ[3]،

(١) في (د): هي.

(٢) في (هـ): فكان.

(٣) المشهور هو: ما روا جماعة -ثلاثة فأكثر- عن جماعة، بحيث تكون كل طبقة لا تقل عن ثلاثة. «شرح المنظومة البيقونية» ص١٢٠.

المشهور: ما رواه جماعة من أهل العدالة والضبط، وشاع عن أهل الحديث خاصة دون غيرهم.=

والإجماعَ[1].

وإذا رُفِع إلى القاضِي حُكمُ حاكِمٍ أَمضاه، إلا أن يُخالِفَ الكِتابَ أو السُّنَّةَ الْمَشهورةَ[2] أو الإجماعَ، بأن يَكونَ قولًا لا دَليلَ عليه، أي: لا دَليلَ يُعتمَدُ عليه.

وفي «الجامعِ الصَّغيرِ»: وما اختَلَف فيه الفُقَهاءُ فقَضى به القاضِي، ثم جاء قاضٍ آخَرُ يَرى غيرَ ذلك: أَمضاه.

والأصلُ: أن القَضاءَ[3] متى لاقَى محَلًّا مُجتهَدًا فيه يَنفُذُ، ولا يُنقَضُ باجتِهادٍ آخَرَ، فقد صَحَّ عن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه لَمّا كَثُر اشتِغالُه قَلَّد القَضاءَ أبا الدَّرداءِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فاختَصَم إليه رَجُلان في شيءٍ، فقَضى لأحَدهما، ثم لَقِي عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الْمَقضيَّ عليه فسَأله عن حاله، فقال: قَضى عليَّ، فقال عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لو كُنتُ أنا مَكانَه لقَضَيتُ لك، فقال الْمَقضيُّ عليه: وما يَمنَعُك عن القَضاء، فقال عمرُ: ليس هنا نصٌّ، والرَّأيُ مُشترَكٌ[4].

=المستفيض: ما كان مشهورًا بين الناس ولم يبلغ مرتبة المتواتر. «مقاليد العلوم» ص٤٢.

الخبر المشهور والمستفيض عند الفقهاء: هو الذي في اتصاله شبهة، وهو ما اشتهر من الآحاد وصار كالمتواتر. «التعريفات الفقهية» ص٨٥.

المشهور من الحديث: هو ما كان من الآحاد في الأصل، ثم اشتهر فصار ينقله قوم لا يتصور تواطؤهم على الكذب، فيكون كالمتواتر بعد القرن الأول. «التعريفات» ص٢١٥.

(١) الإجماع في اللغة: العزم والاتفاق، وفي الاصطلاح: اتفاق المجتهدين في أمة محمد عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ في عصر على أمر ديني. «التعريفات» ص١٠.

(٢) سقطت من (هـ).

(٣) في (هـ): القاضي.

(٤) روى ابن شبة في «تاريخ المدينة» ٢/ ٦٩٣ عن حفص بن عمر قال: كان عمر بن الخطاب=

ورُوِي عن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قَضى في حادِثةٍ بقضِيّةٍ، ثم قَضى فيها بخِلاف ذلك، فقِيل له في ذلك، فقال: تلك كما قَضينا، وهذه كما نَقضِي[1].

ولأن الاجتِهادَ الثّاني كالأوّل، والأوَّلُ تأيّد باتّصال القَضاءِ به، فلا يُنقَضُ باجتِهادٍ لم يَتأيّد به؛ لأنه دونَه، والقَضاءُ حقُّ الشَّرعِ تَجِبُ صِيانتُه، ومن صِيانته: أن يُلزَمَ ولا يُعترَضَ عليه.

قَضى في مُجتهَدٍ[2] بخِلاف رأيِه: لا يَنفُذُ.

=رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إذا كثر عليه الخصوم صرفهم إلى زيد، فلقي رجلًا ممن صرفه إلى زيد فقال له: ما صنعت؟ قال: قضى علي يا أمير المؤمنين، قال: لو كنت أنا لقضيت لك، قال: فما يمنعك وأنت أولى بالأمر؟ قال: لو كنت أردك إلى كتاب الله أو سنة نبيه فعلت، ولكني إنما أردك إلى رأي، والرأي مشير.

وقال العيني في «البناية» ٩/ ٤٩: وقد صح عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قلد القضاء لأبي الدرداء رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بعد كثرة اشتغاله، فاختصم إلى أبي الدرداء رجلان في شيء، فقضى لأحدهما، ثم لقي عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ المقضيَّ عليه، فسأله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن حاله، فقال: قضى علي، فقال عمر: لو كنت مكانه لقضيت لك، فقال المقضي عليه: وما يمنعك من القضاء؟ فقال عمر: ليس هنا نص والرأي مشترك.

ويروى أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ استعان بزيد بن ثابت رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فقضى زيد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بين رجلين، ثم لقي عمر أحد الخصمين، فقال: إن زيدًا قضى علي، والباقي نحوه.

وعن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قضى في حادثة بقضية، ثم قضى فيها بخلاف ذلك، فقيل له في ذلك، فقال: تلك كما قضيناه، وهذه كما نقضي.

(١) روى عبد الرزاق (١٩٠٠٥)، والدارمي (٦٧١)، والدارقطني (٤١٢٦)، والبيهقي (١٢٤٦٧) واللفظ للدارمي: عن الحكم بن مسعود، قال: أتينا عمر في المشرّكة فلم يُشرِّك، ثم أتيناه العام المقبل فشرَّك، فقلنا له، فقال: تلك على ما قضيناه، وهذه على ما قضينا.

(٢) المجتهَد فيه من المسائل: ما كان مبنيًا على دليل معتبر شرعًا، لكن يسوغ للمجتهد مخالفته لعدم النص والإجماع، أو ما اختلفت الأئمة الأربعة وأصحابهم فيه لعدم النص، ولم ينعقد فيه الإجماع.=

فلو قَضى في مُجتهَدٍ فيه مُخالِفًا لرَأيه، ناسِيًا لِمَذهَبه: نَفَذ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، وإن كان عامِدًا: ففيه رِوايتان.

أما وجهُ عدَمِ النَّفاذِ: فظاهِرٌ، وأما وجهُ النَّفاذِ: فلأنه ليس بخطَأٍ بيقينٍ، ويَحتمِلُ أن يَكونَ الحقُّ في هذا.

وعندَهما[1]: لا يَنفُذُ في الوَجهَين، وعليه الفَتوى، كذا في «الهِداية».

وفي «الصُّغرى»: إذا قَضى في محَلِّ الاجتِهادِ وهو لا يَرى ذلك، بل يَرى خِلافَه: يَنفُذُ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، وعليه الفَتوى.

ثم **الْمُجتهَدُ** فيه: أن لا يَكونَ مُخالِفًا للكِتاب أو السُّنّةِ الْمَشهورةِ أو الإجماعِ، وفيما اجتَمَع عليه الجُمهورُ لا تُعتبَرُ مُخالَفةُ البعضِ، وذا خِلافٌ لا اختِلافٌ.

والْمُعتبَرُ الاختِلافُ في الصَّدر الأوَّلِ، فلو قَضى قاضٍ بشاهِدٍ ويَمينِ الْمُدَّعي، أو بثُبوت الحِلِّ بنفس العقدِ، أو بجَواز بيعِ مَتروكِ التَّسميةِ عمدًا، أو بجَواز بيعِ الدِّرهَمِ بالدِّرهَمَين: لا يَنفُذُ.

أما الأوَّلُ: فلمُخالَفته الكِتابَ؛ لأنه تَعالى قال: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٢]، ومِثلُ[2] هذا إنما يُذكَرُ لقَصْر الحُكمِ عليه.

ولأنه قال: ﴿وَذَٰلِكَ أَدْنَىٰٓ أَلَّا تَرْتَابُوٓاْ﴾[3] [البَقَرَة: ٢٨٢]، ولا مَزيدَ على الأدنى.

=«التعريفات الفقهية» ص١٩٥.

(١) في (هـ): وعنده.

(٢) في (ب): وقيل.

(٣) كذا في الأصول.

وأما الثَّاني: فلأنه مُخالِفٌ للحَديث الْمَشهورِ، أعنِي حَديثَ العُسَيلةِ[1].

وأما الثَّالثُ: فلأنه مُخالِفٌ لِمَا اتَّفقوا عليه في الصَّدر الأوَّلِ، فكان قَضاؤُه بخِلاف الإجماعِ.

وأما الرَّابعُ: فلأن الخِلافَ فيه مَحكيٌّ عن ابن عبّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا، وقد أنكَرت عليه الصَّحابةُ رِضوانُ اللهِ عليهم[2]، فلا يُعتبَرُ خِلافُه؛ لردِّ الجُمهورِ عليه.

---

(١) أي الحديث الذي رواه البخاري (٢٦٣٩) ومسلم (١٤٣٣) عن عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا قالت: جاءت امرأة رفاعة القرظي النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقالت: كنت عند رفاعة، فطلقني، فأبتّ طلاقي، فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير، إنما معه مثل هدبة الثوب، فقال: «أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»، وأبو بكر جالس عنده، وخالد بن سعيد بن العاص بالباب ينتظر أن يؤذن له، فقال: يا أبا بكر ألا تسمع إلى هذه ما تجهر به عند النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

(٢) روى البخاري (٢١٧٨)، ومسلم (١٥٩٦): أن أبا صالح الزيات سمع أبا سعيد الخدري رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، يقول: الدينار بالدينار، والدرهم بالدرهم، فقلت له: فإن ابن عباس لا يقوله، فقال أبو سعيد: سألته فقلت: سمعته من النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أو وجدته في كتاب الله؟ قال: كل ذلك لا أقول، وأنتم أعلم برسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مني، ولكن أخبرني أسامة: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا ربًا إلا في النسيئة».

قال في «عون المعبود» ٦/ ١٩٦: اعلم أن ابن عباس كان يعتقد أولًا أنه لا ربا فيما كان يدًا بيد، وأنه يجوز بيع درهم بدرهمين، ودينار بدينارين، وصاعِ تمر بصاعي تمر، وكذا الحنطة وسائر الربويات، وكان معتمده حديث أسامة بن زيد: «إنما الربا في النسيئة»، ثم رجع عن ذلك، وقال بتحريم بيع الجنس بعضه ببعض، حين بلغه حديث أبي سعيد، كما ذكر مسلم في «صحيحه»، وقد روى الحاكم من طريق حيان العدوي: سألت أبا مجلز عن الصرف، فقال: كان ابن عباس لا يرى به بأسًا زمانًا من عمره، ما كان منه عينًا بعين، يدًا بيد، وكان يقول: إنما الربا في النسيئة، فلقيه أبو سعيد... فذكر القصة والحديث، وفيه: «التمر بالتمر، والحنطة بالحنطة، والشعير بالشعير، والذهب بالذهب، والفضة بالفضة، يدًا بيد، مِثْلًا بمثل، فمن زاد فهو ربا»، فقال ابن عباس: أستغفر الله وأتوب إليه، فكان ينهى عنه أشد النهي. انتهى.

ونَفَذ القَضاءُ في عقدٍ وفسخٍ بشُهود زُورٍ: ظاهِرًا وباطِنًا(س م ز ف)، وفي أملاكٍ مُرسَلةٍ: لا.

وكلُّ شيءٍ قَضى به القاضِي في الظّاهِر بتَحريمٍ: فهو في الباطِن كذلك عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وكذا إذا قَضى بإحلالٍ، وهذا إذا كان الدَّعوى بسبَبٍ مُعيَّنٍ، كالشِّراء ونحوِه.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ وزفرُ والشّافعيُّ رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ: لا يَكونُ في الباطِنِ كذلك.

ولقَبُ الْمَسألةِ: أن قَضاءَ القاضِي في العُقود، كالبَيع، والشِّراءِ، والإجارةِ، والنِّكاحِ، والفُسوخِ، كالإقالة، والفُرقةِ بطَلاقٍ ونحوِه.. بشُهود[1] الزُّورِ: يَنفُذُ ظاهِرًا وباطِنًا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعندَ الباقِين: يَنفُذُ ظاهِرًا لا باطِنًا.

وأجمَعوا أن في الأَملاك الْمُرسَلةِ يَنفُذُ ظاهِرًا لا باطِنًا.

وفي الهِبة والصَّدَقةِ رِوايتان عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

ونَعني بالنَّفاذ ظاهِرًا: أن يُسلِّمَ الْمَرأةَ إلى الرَّجُل ويَقولَ: (سَلِّمي نفسَكِ إليه، فإنه زوجُكِ)، وبالنَّفاذ باطِنًا: أن يَحِلَّ له وطؤُها، ويَحِلَّ لها التَّمكينُ فيما بينَه وبينَ اللهِ تَعالى.

لهم: أن شَهادةَ الزُّورِ حُجّةٌ ظاهِرًا لا باطِنًا، فيَنفُذُ القَضاءُ بها ظاهِرًا لا باطِنًا؛ لأن القَضاءَ إنما يَنفُذُ بقَدْر الحُجّةِ، وشَهادةُ الزُّورِ باطِلةٌ باطِنًا، فكيف تَنفُذُ باطِنًا[2]؟! فصار كما لو كان الشُّهودُ كُفّارًا، أو عَبيدًا، أو مَحدودِين في القَذف، والْمَشهودُ له يَعلَمُ بحالهم، والقاضِي لا يَعلَمُ، فإن قَضاءَه يَنفُذُ ظاهِرًا لا باطِنًا إجماعًا[3].

---

(١) في (ب): بشهادة.

(٢) في (هـ): ظاهرًا.

(٣) مثبتة من (هـ).

وكما لو قُضِي بنِكاح مَنكوحةِ الغيرِ أو مُعتدّةِ الغيرِ بشُهود الزُّورِ، فإنه يَنفُذُ ظاهِرًا لا باطِنًا إجماعًا.

ولأن القَضاءَ إظهارٌ لعقدٍ سابِقٍ، وإظهارُ العقدِ ولا عقدَ: مُحالٌ، أو إنشاءٌ لعقدٍ لم يَسبِق، وذا إنما يَكونُ بارتِباط الإيجابِ بالقَبول، ولم[1] يُوجَد.

وله: ما رُوِي أن رَجُلًا ادَّعى على امرَأةٍ نِكاحًا بينَ يَدَي عليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، وأقام شاهِدَين، فقَضى بالنِّكاح بينَهما، فقالت: إن لم يكن بُدٌّ يا أميرَ الْمُؤمِنين فزَوِّجني منه، فقال عليٌّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: شاهِداكِ زَوَّجاكِ[2].

ولو لم يَنعقِد العقدُ بينَهما بقَضائه لَمَا امتَنَع من تَجديد العقدِ عندَ طلَبِها ورَغبةِ الزَّوجِ فيها، وقد كان في ذلك تَحصينُهما[3] من الزِّنى، وكان الشُّهودُ زُورًا بدَليل القِصَّةِ.

ولأن القاضِيَ قَضى بأَمر اللهِ تَعالى؛ لأنه وَجَب عليه القَضاءُ عندَ التَّعديلِ، حتى يَأثَمُ بالامتِناع، والتَّكليفُ بحَسَب الوُسعِ، والذي في وُسعه أن يَجعلَها زَوجةً له بطَريق الإظهارِ، فإن كان بينَهما عقدٌ سابِقٌ فبها[4]، وإلا يُقدَّمُ العقدُ اقتِضاءً ضَرورةَ صِحّةِ الإظهارِ؛ لتَنقطِعَ الْمُنازَعةُ بينَهما من كلِّ وجهٍ؛ إذ لو لم يَثبُت الحِلُّ بينَهما باطِنًا يَكونُ هذا تَمهيدًا للمُنازَعة بينَهما لا قطعًا.

---

(١) في (د): وذا لم.

(٢) ذكره الإمام محمد في «الأصل» ٩/ ٤٤٠ بلاغًا، وذكر الجصاص في «أحكام القرآن» ١/ ٣١٤ قال: ذكر أبو يوسف، عن عمرو بن المقدام، عن أبيه: أن رجلًا من الحي خطب امرأة وهو دونها في الحسب، فأبت أن تزَوَّجَهُ، فادعى أنه تزوجها، وأقام شاهدين عند علي، فقالت: إني لم أتزوجه، قال: قد زوجك الشاهدان، فأمضى عليهما النكاح.

(٣) في (ج): تحصنهما، وفي (هـ): تحصينها.

(٤) في (هـ): فبها ونعمت.

فإن قِيل: لو كان قَضاؤه مُتضمِّنًا إنشاءَ العقدِ سابِقًا فليُشترَط الشُّهودُ عندَ قولِه: (قَضيتُ).

قُلنا: قد قال شمسُ الأئمةِ السَّرخسيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ وغيرُه: أنه لا يَنفُذُ باطِنًا عندَه بقوله: (قَضيتُ) إلا بمَحضَر الشُّهودِ.

وقِيل: يَصِحُّ النِّكاحُ بغَير مَحضَرٍ منهم؛ لأنه إنما يَثبُتُ مُقتَضى صِحّةِ قَضائِه في الباطِنِ، وما يَثبُتُ مُقتَضى صِحّةِ الغيرِ لا يَثبُتُ بشَرائِطه، كالبَيع في قَوله: (أعتِق عبدَكَ عني بألفٍ).

بخِلاف ما إذا كان الشُّهودُ كُفّارًا أو عَبيدًا، أو مَحدودِين في قذفٍ؛ لأن الوُقوفَ على هذه الأشياءِ مُمكِنٌ، فلم تَصِر شَهادةُ هؤلاء حُجّةً من كلِّ وجهٍ، فاعتُبِرت حُجّةً ظاهِرًا، والوُقوفُ على حَقيقة الصِّدقِ مُتعذِّرٌ، فبُنِي الأمرُ على كَون الشُّهودِ صَدَقةً[1] عندَه، وقد وُجِد.

وبخِلاف الأملاكِ الْمُرسَلةِ؛ لأن الْمِلكَ لا بُدَّ له من سبَبٍ، وليس بعضُ الأسبابِ بأَولى من البَعض؛ لتَزاحُم أسبابِها؛ إذ الْمِلكُ تارةً يَثبُتُ بالشِّراء، وطَورًا بالإرث وغيرِه، فلا يُمكِنُ إثباتُ السَّبَبِ سابِقًا على القَضاء بطَريق الاقتِضاءِ.

وفي النِّكاح أو الشِّراءِ يُقدَّمُ النِّكاحُ أو الشِّراءُ اقتِضاءً؛ تَصحيحًا للقَضاء.

ولم يَقضِ(ف) على غائِبٍ، وله، إلا عندَ وَكيلِه، أو وَصِيِّه، أو تَبَعًا للحاضِر.

ولا يَقضي القاضِي على غائِبٍ ولغائِبٍ[2]، إلا أن يَحضُرَ من يَقومُ مَقامَه، كوَكيله أو وَصِيِّه، أو يَكونَ تَبَعًا للحاضِر.

---

(١) في (هـ): صادقين.

(٢) في (ج): لغائب.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَجوزُ القَضاءُ على الغائِب بالبيِّنة؛ لأن البيِّنةَ قامت في أَوانها، فتُقبَلُ؛ لأن أوانَها وقتُ خَفاءِ الحالِ على القاضِي، والحالُ خفِيَّةٌ عليه حالَ غَيبتِه، والبيِّنةُ للبيان، فإذا ثَبَت الحالُ صَحَّ القَضاءُ بِناءً عليها.

ولنا: قولُه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لعليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: «لا تَقضِ لأحَدِ الخَصمَين حتى تَسمَعَ كَلامَ الآخَرِ»[1].

ولأن القَضاءَ لقَطع المُنازَعةِ، ولا مُنازَعةَ هنا؛ لعَدَم الإنكارِ، فلا يَصِحُّ القَضاءُ..

وهذا لأنه يُحتمَلُ أن الخصمَ يُقِرُّ، ويُحتمَلُ أن يُنكِرَ، فيَشتبِهُ وجهُ القَضاءِ؛ لأن أحكامَهما مُختلِفةٌ؛ إذ حُكمُ أحَدِهما مُتعدٍّ[2]، وحُكمُ الآخَرِ لا[3].

ولو أنكَر ثُم غاب: فكذلك، خِلافًا لأبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ إذ الشَّرطُ وُجودُ الإنكارِ وقتَ القَضاءِ، ومن يَقومُ مَقامَه قد يَكونُ بإنابته، كالوَكيل، أو بإِنابة الشَّرعِ، كالوصِيِّ من جِهة القاضِي.

وقد يَكونُ حُكمًا، بأن كان ما يَدَّعي على الغائِب سببًا لِما يَدَّعيه على الحاضِر، فانتَصَب الحاضِرُ خصمًا عنه، وصار القَضاءُ عليه كالقَضاء على الغائِب، كما لو ادَّعى عَينًا في يَد غيرِه أنه اشتَراها من فُلانٍ الغائِبِ، وأَقام البيِّنةَ على ذي اليدِ، وقُضِي به، ثم حَضَر الغائِبُ وأنكَر ذلك: لا يُلتفَتُ إلى إنكاره؛ لأنه صار مَقضِيًّا عليه؛ وهذا لأن

---

(١) روى الإمام أحمد (٦٩٠)، وأبو داود (٣٥٨٢)، والترمذي (١٣٣١)، واللفظ للأول: عن علي قال: قال لي النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذا تقدم إليك خصمان، فلا تسمع كلام الأول حتى تسمع كلام الآخر، فسوف ترى كيف تقضي»، قال: فقال علي: فما زلت بعد ذلك قاضيًا.

(٢) في (د): متعذر.

(٣) في (د): لازم.

المُدَّعيَ لا يَتوصَّلُ إلى إثبات حقِّه على الحاضِر إلا بإثباته على الغائِب.

وكذا لو ادَّعى شُفعةَ دارٍ بشِرائه من الغائِب، أو الكَفالةَ بما لَه على الغائِب.

وإن كان ما يَدَّعي على الغائِب شرطًا لِما يَدَّعيه على الحاضِر: فلا مُعتبَر به في جَعله خصمًا عن الغائِب إن كان الغائِبُ يَتضرَّرُ بالشَّرط، كمن قال لامرَأته: (إن طَلَّق فُلانٌ امرَأتَه فأنتِ طالِقٌ)، فأَقامت زَوجةُ الحالِفِ أن فُلانًا طَلَّق امرأتَه، ووَقَع الطَّلاقُ عليَّ: **لا تُقبَلُ بَيِّنَتُها**[1] **في الأصحِّ**؛ لأن فيه ضرَرًا على الغائِب.

بخِلاف ما لو لم يَتضمَّن ضرَرًا، كما لو عَلَّق طَلاقَها بدُخول فُلانٍ الدّارَ؛ فإنه يُقبَلُ؛ لأنه لا يَتضمَّنُ إبطالَ حقِّ الغائِبِ.

ويُقرِضُ مالَ اليَتيمِ، ويَكتُبُ الصَّكَّ[2]**، لا الوَصِيُّ والأبُ.**

ويُقرِضُ القاضِي مالَ اليَتيمِ، ويَكتُبُ ذِكرَ الحقِّ -أي الصَّكَّ-، وإن أقرَض الوصِيُّ أو الأبُ ضَمِن.

والفرقُ: أن القرضَ تبرُّعٌ ابتِداءً[3]، مُعاوَضةٌ انتِهاءً؛ لِما أنه قطعُ الْمِلكِ عن العَين ببدَلٍ في ذِمّة الْمُفلِسِ؛ لأن الاستِقراضَ في العادات ممن هو مُفلِسٌ، ولهذا حَلَّ محَلَّ الصَّدَقةِ، وزاد عليها في الثَّواب؛ لزِيادة الحاجةِ هنا..

فاعتُبِر مُعاوَضةً في حقِّ القاضِي؛ لأن البدَلَ مَأمونُ التَّوى باعتِبار عِلمِ القاضِي، ولتَمكُّنه من الاستِرداد متى شاء؛ لِما له من الوِلاية، وتَبرُّعًا في حقِّ الوصِيِّ أو الأبِ؛ لأنه لا يَتمكَّنُ من الاستِرداد، فربما يَجحَدُ الْمُستقرِضُ ولا يَجِدُ شُهودًا يُوافِقونه على

---

(١) في (أ) و(ب): بينته.

(٢) الصك: الكتاب الذي تكتب فيه المعاملات والأقارير. «التوقيف» ص٢١٧.

(٣) من هنا إلى قوله: (بلا رضاه وإذا حكم...إلخ) سقط من (ب).

أداء الشَّهادةِ، ولو وَجَد فلا كُلُّ بَيِّنَةٍ تُعدَّلُ، ولا كُلُّ قاضٍ يَعدِلُ، وفي الجَثْوِ[1] بينَ يَدَي القاضِي ذُلٌّ وصَغارٌ، فكان إضرارًا بالصِّغار على هذا الاعتِبارِ، فلهذا لا يَملِكانه.

وإذا أقرَض القاضِي: كَتَب به ذِكرَ الحقِّ وخَلَّده في دِيوانه؛ لأنه يَحتاجُ إلى الحِفظ، وذا بكِتابة الصَّكِّ.

وكذا يَملِكُ إقراضَ مالِ الغائِبِ؛ لأنه نُصِّب ناظِرًا لكلِّ من عَجَز عن النَّظَر لنَفسه بنَفسه، والغائِبُ عاجِزٌ عن النَّظَر لنَفسه بنَفسه، وفي الإقراض نظَرُه، فيَملِكُه القاضِي.

قَضى بما رَأى قبلَ القَضاءِ: لَغا[2].

قاضٍ قَضى بما رَأى قبلَ أن يُقلَّدَ القَضاءَ، أو في غَير مِصرِه الذي هو قاضِيه: لَغا، خِلافًا لهما.

لهما: أن العِلمَ حاصِلٌ له حسَبَ حُصولِه في قَضائه أو في[3] مِصره.

وله: أنه عِلمُ شَهادةٍ لا عِلمُ قَضاءٍ، فلا يَصيرُ مُوجِبًا إلا بلَفظ الشَّهادةِ والعدَدِ، واللهُ أعلَمُ.

---

(١) في (ج): الجلوس.

(٢) في (ع): لغا حكمه.

(٣) في (أ) و(هـ): وفي.

بَابُ التَّحْكِيمِ (١)

حَكَّماه(٢) ليَحكُمَ بينَهما، ببيِّنةٍ، وإقرارٍ، ونُكولٍ، في غَير حدٍّ، وقِصاصٍ(٣)، ودِيَةٍ على عاقِلةٍ: صحَّ لو صَلَح قاضِيًا.

وإذا حَكَّم رَجُلان حَكَمًا(٤)، فحَكَم بينَهما، ورَضِيا بحُكمه: صَحّ؛ لوِلايتهما على أنفُسهما، فصَحَّ تَحكيمُهما، ونَفَذ حُكمُه عليهما.

وقد صَحَّ التَّحكيمُ عن النَّبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ(٥) والصَّحابةِ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ(٦).

(١) التحكيم: هو عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكمًا برضاهما، بفصل خصوماتهما، ويقال له: الحَكَم والمُحكَّم. «التعريفات الفقهية» ص٥٣.

(٢) في (م) و(ن): حكما.

(٣) في (ف): وقود.

(٤) في (ج) و(د): رجلاً حكمًا، وكلمة (رجلا) مشطوبة في (أ).

(٥) روى أبو داود (٤٩٥٥) قال: حدثنا الربيع بن نافع، عن يزيد -يعني ابن المقدام بن شريح-، عن أبيه، عن جده شريح، عن أبيه هانئ: أنه لما وفد إلى رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مع قومه سمعهم يكنونه بأبي الحكم، فدعاه رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «إن الله هو الحكم، وإليه الحُكم، فلم تكنى أبا الحكم؟»، فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني، فحكمت بينهم، فرضي كلا الفريقين، فقال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ما أحسن هذا! فما لك من الولد؟» قال: لي شريح ومسلم وعبد الله، قال: «فمن أكبرهم؟»، قال: قلت: شريح، قال: «فأنت أبو شريح». ورواه النسائي (٥٣٨٧).

(٦) روى البيهقي (٢٠٤٦٣) عن الشعبي قال: كان بين عمر بن الخطاب وبين أبي بن كعب رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا تدار في شيء، وادعى أبي على عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا، فأنكر ذلك، فجعلا بينهما زيد بن ثابت، فأتياه=

والأصلُ فيه: قولُه تَعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ....﴾ الآيةَ [النساء: ٣٥]، والمُرادُ به: تَحكيمُ الزَّوجَين لاختِيار المُقامِ أو لاختِيار الفُرقةِ، فلما جازَ التَّحكيمُ في حقِّ الزَّوجَين دَلَّ ذلك على جَوازه في سائِر الخُصوماتِ.

ويَجوزُ أن يَسمَعَ البيِّنَةَ، ويَقضِيَ بالإقرار والنُّكولِ في غَير حدٍّ وقَوَدٍ.

والأصلُ: أن حُكمَ المُحكَّمِ بمَنزِلة الصُّلحِ، فما يَجوزُ استِحقاقُه بالصُّلح يَجوزُ التَّحكيمُ فيه، وما لا فلا، ولا يَجوزُ استِيفاءُ الحدِّ والقِصاصِ بالصُّلح، فلا يَجوزُ التَّحكيمُ فيهما.

قالُوا: التَّحكيمُ في سائِر المُجتهَداتِ صَحيحٌ، كالطَّلاق المُضافِ ونحوِه[1]، ولكن لا يُفتى به، ويُقالُ: يَحتاجُ إلى حُكم الحاكِمِ، كما في الحُدود والقِصاصِ؛ كي لا يَتجاسَرَ العَوامُّ فيه.

وإن حَكَّما في دمٍ خطَأٍ، فقَضِي بالدِّيَة على العاقِلة: لم يَنفُذ حُكمُه؛ لأن حُكمَ الحَكَمِ إنما يَنفُذُ على من رَضِي بحُكمه، والعاقِلةُ لم يَرضَوا بحُكمه.

ولو حَكَم على القاتِلِ بالدِّيَة في ماله لا يَجوزُ؛ لأن هذا الحُكمَ مُخالِفٌ لحُكم الشَّرعِ؛ إذ الدِّيَةُ على العاقِلة في الخَطَأ، فيَرُدُّه القاضِي ويَقضِي بالدِّيَة على العاقِلة.

إلا أن يَكونَ القاتِلُ أقَرَّ بالقَتل خطَأً، فحينَئذٍ يَجوزُ حُكمُه بالدِّيَة عليه؛ لأن ما يَجِبُ

= في منزله، فلما دخلا عليه قال له عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أتيناك لتحكم بيننا، وفي بيته يؤتى الحكم، فوسع له زيد عن صدر فراشه، فقال: ههنا يا أمير المؤمنين، فقال له عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: لقد جِرت في الفتيا، ولكن أجلس مع خصمي، فجلسا بين يديه، فادعى أبيٌّ وأنكر عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، فقال زيد لأبي: أعفِ أمير المؤمنين من اليمين، وما كنت لأسألها لأحد غيره، فحلف عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، ثم أقسم: لا يدرك زيد بن ثابت القضاء حتى يكون عمر ورجل من عرض المسلمين عنده سواء.

(١) في (هـ): كالطلاق والعتاق ونحوه.

بالاعتِراف لا تتحمَّله العاقِلةُ بالحَديث(١)، فكان حُكمُه مُوافِقًا للشَّرع، فينفُذُ.

ولو أخبَر بإقرار أحدِ الخَصمَين، أو بعَدالة الشُّهودِ، وهما على تَحكيمهما: يُقبَلُ قولُه؛ لِقيام الوِلايةِ بعدُ، وهو يَملِكُ إنشاءَ الحُكمِ، فيَملِكُ الإقرارَ، ولو أخبَر بالحُكم لا يُقبَلُ؛ لانقِضاء الوِلايةِ، كالقاضِي الْمَعزولِ إذا قال: (قَضَيتُ عليك بكذا).

وهذا إذا صَلَح الْمُحكَّمُ قاضِيًا؛ لأنه كالقاضِي فيما بينَهما، فتُشترَطُ أهلِيّةُ القَضاءِ، فلا يَصِحُّ تَحكيمُ الكافِرِ، والعبدِ، والذِّمِّيِّ، والْمَحدودِ في القَذف، والصَّبيِّ؛ لعَدَم أهلِيّةِ القَضاءِ؛ لفُقدان أهلِيّةِ الشَّهادةِ.

ولو حُكِّم الفاسِقُ يَجوزُ، ونَفَذ حُكمُه فيما بينَهما، وإن كان الأَولى أن لا يُحكَّمَ الفاسِقُ، كما مَرَّ في الْمَولى.

وصحَّ رُجوعُ كلٍّ قبلَ حُكمِه، فإن حَكَم: لَزِمهما.

وصَحَّ رُجوعُ كلِّ واحِدٍ من الْمُحكِّمَين قبلَ حُكمِه عليهما؛ لأنه مُحكَّمٌ من جِهَتهما، فيَتوقَّفُ حُكمُه على رِضاهما.

فإن قِيل: التَّحكيمُ ثَبَت باتِّفاقهما، فيَنبَغي أن لا يَصِحَّ الإخراجُ إلا باتِّفاقهما.

---

(١) أي حديث: «لا تَعقِلُ العاقِلةُ عَمْدًا، ولا عبدًا، ولا صُلحًا، ولا اعتِرافًا».

قال في «نصب الراية» ٤/ ٣٩٩: روى هذا الحديث ابن عباس موقوفًا عليه، ومرفوعًا، فالموقوف تقدم من رواية محمد بن الحسن، والمرفوع غريب، وليس في الحديث: أرش الموضحة، ولكن أخرج ابن أبي شيبة في «مصنفه» عن النخعي قال: لا تعقل العاقلة ما دون الموضحة، ولا يعقل العمد، ولا الصلح، ولا الاعتراف. انتهى، وأخرج عبد الرزاق في «مصنفه» (١٧٨١١) عن الشعبي قال: أربعة ليس فيهن عقل على العاقلة، وإنما هي في ماله خاصة: العمد، والاعتراف، والصلح، والمملوك. انتهى، وأخرج (١٧٨١٢) عن الزهري قال: العمد، وشبه العمد، والاعتراف، والصلح، لا تحمله عنه العاقلة، هو عليه في ماله. انتهى.

قُلنا: لم يَرضَ أحدُهما بهذا التَّحكيمِ، فلا يَبقى التَّحكيمُ، كما لا يَثبُتُ ابتِداءً بلا رِضاه[1].

وإذا حَكَم لَزِمهما، وليس لكلِّ واحِدٍ منهما أن يَرجِعَ عن ذلك؛ لأن الحُكمَ صَدَر عن وِلايةٍ عليهما، كالقاضِي إذا قَضى ثم عُزِل: لا يَبطُلُ قَضاؤُه.

وأَمضى القاضِي حُكمَه إن وافَق مَذهَبَه، وإلا نَقَضه[2].

وإذا رَفَع حُكمَه إلى القاضِي، فوافَق مَذهَبَه: أَمضاه؛ إذ لا فائِدةَ في نَقضه ثُم في إبرامه كذلك، وإن خالَفه أبطَله.

فرقٌ بينَ هذا وبينَ ما[3] إذا رُفِع إلى القاضِي قَضِيّةُ قاضٍ آخرَ، فإنه لا يَرُدُّه وإن خالَف رأيَه إذا كان ذلك في فصلٍ مجُتهَدٍ فيه.

ووجهُه: أن الْمُحكَّمَ له وِلايةٌ على الْمُحكِّمَين، ولا وِلايةَ له على غَيرهما، والقاضِي الذي رُفِع[4] إليه يُحكِّمُه غيرُهما، فلا يَكونُ حُجّةً عليه، فكان كالصُّلح في حقِّه، فله أن يَرُدَّه إذا خالَف رأيَه.

فأما القاضِي: فله وِلايةٌ على كلِّ النّاسِ، فكان قَضاؤُه حُجّةً في حقِّ الكلِّ، فلا يَكونُ لهذا القاضِي أن يَرُدَّه إذا صادَف القَضاءُ محلَّه، بأن يَكونَ فصلًا مُجتهَدًا فيه.

وبَطَل حُكمُه لأبَوَيه، ووَلَدِه، وزَوجتِه، كالقاضِي، وحَكَم عليهم.

وبَطَل حُكمُه لأبَوَيه وولَدِه وزَوجتِه، كحُكم القاضِي؛ وهذا لأنه لا تُقبَلُ شَهادتُه

(١) في (د): رضاهما.

(٢) نقض الحكم: إبطال العمل به. «لغة الفقهاء» ص٤٨٦.

(٣) في (د) و(هـ): وبينهما.

(٤) في (ج) و(د): رجع.

لهؤلاءِ؛ للتُّهَمة، فأَولى أن لا يَصِحَّ القَضاءُ لهم، بخِلاف ما إذا حَكَم عليهم؛ لأنه تُقبَلُ شَهادتُه عليهم؛ لعَدَم التُّهَمةِ، فكذا يَصِحُّ القَضاءُ.

وإن حَكَّما رَجُلَين فلا بُدَّ من اجتِماعهما، حتى لو حَكَم أحَدُهما ولم يَحكُم الآخَرُ: لم يَجُز ذلك حتى يَحكُما جَميعًا؛ لأنه أمرٌ يُحتاجُ فيه إلى الرَّأي، والرِّضا برَأي الْمَثْنى فيما يُحتاجُ فيه إلى الرَّأي لا يَكونُ رِضًا برَأي الواحِدِ، كما في البَيع ونحوِه، واللهُ أعلَمُ.

باب المتفرقات

لا يَتِدُ[1] ذُو سُفْلٍ فيه، ولا يَنقُبُ كُوّةً[2].

عُلْوٌ لرَجُلٍ، وسُفْلٌ لآخرَ: فليس لصاحِبِ السُّفْلِ أن يَتِدَ فيه وَتِدًا، ولا أن يَنقُبَ كُوّةً، عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، مَعناه: بغَير رِضا صاحِبِ العُلْوِ، وقالا: يَصنَعُ فيه ما لا يُضِرُّ بالعُلْو.

وعلى هذا الخِلافِ: إذا أَراد صاحِبُ العُلْوِ أن يَبنِيَ في العُلْو بيتًا، أو يَضَعَ عليه جُذوعًا، أو يُحدِثَ كَنيفًا، قِيل: ما حُكِيَ[3] عنهما تَفسيرٌ لقَول أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه إنما يَمنَعُ ما فيه ضَرَرٌ ظاهِرٌ لا ما ضَرَرَ فيه، فلا خِلافَ.

وقِيل: لا، بل بينَهم خِلافٌ، وثَمَرتُه: تَظهَرُ في وُقوع الشَّكِّ في الضَّرَر؛ وهذا لأن الأصلَ عندَهما الإطلاقُ؛ لأن تَصرُّفَه يُلاقِي مِلكَه، والمِلكُ مُطلِقٌ للتَّصرُّف، والحظرُ بعارِض الضَّرَرِ، فإذا أشكَل لم يَجُز المنعُ، والأصلُ عندَه الحظرُ؛ لأن تَصرُّفَه حَصَل في

(١) الوتِد: بكسر التاء في لغة الحجاز، وهي الفصحى، وجمعه أوتاد، وفتح التاء لغة، وأهل نجد يسكنون التاء فيدغمون بعد القلب، فيبقى وَدٌّ، ووَتِدْت الوَتِد أَتِدُه وَتْدًا من باب وعد: أثبتُّه بحائط أو بالأرض، وأوتدته بالألف: لغة. «المصباح» ٢/ ٦٤٦.

(٢) الكُوة تفتح وتضم: الثقبة في الحائط، وجمع المفتوح على لفظه: كوات مثل حبة وحبات، وكواء أيضًا بالكسر والمد، مثل ظبية وظباء وركوة وركاء، وجمع المضموم كُوًى بالضم والقصر، مثل مُدية ومُدًى. «المصباح» ٢/ ٥٤٥.

(٣) في (هـ): روي.

مَحَلٍّ مَشغولٍ بحقٍّ[1] مُحترَمٍ للغَير، كحقِّ الْمُرتهِنِ والْمُستأجِرِ، والإطلاقُ بعارِض عدَمِ الضَّرَرِ، فإذا أشكَل وَجَب المنعُ.

وقولُه قِياسٌ؛ لأنه لا يَخلو عن نَوع ضرَرٍ بالعُلْو من تَوهين بِناءٍ أو نقضِه، فوَجَب منعُه.

زائِغةٌ[2] طَويلةٌ يَنشعِبُ[3] عنها مِثلُها غيرُ نافِذةٍ: لا يَفتَحُ أهلُ الأُولى فيه بابًا، بخِلاف الْمُستَديرةِ.

زائِغةٌ مُستطيلةٌ تَنشعِبُ عنها زائِغةٌ مُستطيلةٌ، وهي غيرُ نافِذةٍ: فليس لأَهل الزّائغةِ الأُولى أن يَفتَحوا بابًا من حائِط دارِهم في الزّائِغة السُّفلى؛ لأن فتحَه للمُرور، وليس لهم حقُّ الْمُرورِ في الزّائِغة السُّفلى، بل هو لأَهلها خُصوصًا؛ لأنها بجَميع أجزائِها مِلكٌ لأَربابها، حتى لو بِيعَ فيها دارٌ لا يَكونُ لأَهل الأُولى حقُّ الشُّفعةِ، فإذا أَراد واحِدٌ منهم[4] أن يَفتَحَ بابًا فقد أَراد أن يَتَّخِذَ طَريقًا في مِلك غيرِهم، ويُحدِثَ لنَفسه حقَّ الشُّفعةِ فيها، فمُنِع من ذلك، بخِلاف النّافذةِ؛ لأن حقَّ الْمُرورِ فيها للعامّة.

ثم قِيل: المنعُ من الْمُرور لا من فَتح البابِ؛ لأنه يَتمكَّنُ من نَقض كلِّ حائِطِه، فأَولى أن يَتمكَّنَ من نَقض بعضِه.

والصَّحيحُ: أنه يُمنَعُ من الفَتح؛ لأنه لا[5] يُمكِنُهم المنعُ عن الْمُرور بعدَ الفتحِ في

(١) في (أ) و(ب): لحق.

(٢) الزائغة: السّكّة. «الدر المنتقى» ٣/ ٦٢٣.

وأصل الزيغ: الاعوجاج. «الطلبة» ص١٢٠.

(٣) في (م) و(ف): يتشعب، وفي (ن): تنشعب.

(٤) مثبتة من (هـ).

(٥) سقطت من (ج).

كلَّ ساعةٍ، حتى لو فتَح البابَ للاستِضاءة أو للرِّيح: لم يُمنَع.

ولأنه لو فعَل ذلك وتقادَم العهدُ ربما يَدَّعي الشَّرْكةَ في الطَّريق في الزّائغة السُّفلى، ويَستدِلَّ على ذلك بالباب الْمُركَّبِ، ويَكونُ القولُ له إذا لم يُعرَف كيف كان الحالُ، فهو بتَركيب البابِ يُثبِتُ لنفسه حقًّا فيها، فيُمنَعُ منه.

وإن كانت الزّائغةُ مُستديرةً قد لَزِق طَرَفاها -وهو العَطفُ الْمُدوَّرُ، فارِسيَّتُه: خم كاه- فله أن يَفتَحَ البابَ في حائِطه في أيِّ جانِبٍ شاء؛ لأن هذه سِكّةٌ واحِدةٌ، وهي بمَنزِلة ساحةٍ مُشتركةٍ في دارٍ، ولكلٍّ منهم حقُّ الْمُرورِ في كلِّها، ولهذا لو بِيعت دارٌ فيها كانت الشُّفعةُ للكلِّ على السَّواء، فبفَتح البابِ لا يُحدِثُ لنَفسه حقًّا، فلا يُمنَعُ.

ومن ادَّعى في دارٍ دَعوى، وأنكَرها ذو اليدِ، ثم صالَحه منها: صَحّ، وهي مَسألةُ الصُّلحِ على الإنكار، وستَجيءُ في الصُّلح إن شاء اللهُ تَعالى.

فإن قِيل: الْمُدَّعىٰ مَجهولٌ، فلا تَصِحُّ الدَّعوى، فلا يَصِحُّ الصُّلحُ؛ لأن الصُّلحَ عن الدَّعوى إنما يَصِحُّ إذا كانت صَحيحةً، أما اذا كانت فاسِدةً: فلا؛ إذ الصُّلحُ إنما يَصِحُّ لافتِداء اليَمينِ، والافتِداءُ إنما يَكونُ إذا تَوجَّهت اليَمينُ، واليَمينُ إنما تَتوجَّهُ إذا صَحَّت الدَّعوى.

قُلنا: نَحمِلُه على ما إذا كان الْمُدَّعىٰ مِقدارًا مَعلومًا، كالثُّلُث ونحوِه، حتى تَصِحَّ الدَّعوى، وإن ادَّعى حقًّا فيها فنَحمِلُه على ما إذا ادَّعى إقرارَ صاحِبِ الدّارِ بحقٍّ فيها حتى تَصِحَّ الدَّعوى؛ ألا تَرى أنه لو ادَّعى على إنسانٍ شيئًا لا تَصِحُّ الدَّعوى، ولو ادَّعى عليه أنه أقرَّ له بشيءٍ تَصِحُّ.

ولأن الصُّلحَ على مَعلومٍ عن مَجهولٍ جائزٌ عندَنا؛ لأنه جَهالةٌ في السّاقِط، فلا تُؤدِّي إلى الْمُنازَعة، فلا تُؤثِّرُ في الفَساد؛ لِما مَرّ.

ادَّعى دارًا في يَده أنه وَهَبها له في وقتٍ، فسُئِل البيِّنةَ، فقال: (جَحَدنيها، فاشتَريتُها)، وبَرْهَن عليه بعدَه: قُبِل، وقبْلَه لا.

ومن ادَّعى دارًا في يَد رَجُلٍ أنه وَهَبها له وسَلَّمها إليه في وقتٍ كذا، فسَأل القاضِي البيِّنَةَ، فقال: (إنه جَحَدني الهِبةَ فاشتَريتُها منه)، وادَّعى وقتًا بعدَ الوقتِ الذي ادَّعى فيه الهِبةَ، وبَرْهَن عليه: تُقبَلُ، ولو ادَّعى وقتًا قبلَ الوقتِ الذي ادَّعى الهِبةَ فيه، وبَرْهَن عليه: لا تُقبَلُ.

والفرقُ: أن في الوَجه الأوَّلِ التَّوفيقَ مُمكِنٌ، فلا يَتحقَّقُ التَّناقُضُ؛ وهذا لأنه يُمكِنُه أن يَقولَ: (وَهَب لي مُنذُ شهرٍ ثم جَحَدني الهِبةَ، فاشتَريتُها منه مُنذُ أُسبوعٍ)، وفي الوَجه الثَّاني التَّوفيقَ غيرُ مُمكِنٍ، فيَتحقَّقُ التَّناقُضُ، إذ لا يُمكِنُه أن يَقولَ: (وَهَب لي مُنذُ شهرٍ[1]، ثم جَحَدني الهِبةَ فاشتَريتُها منه مُنذُ سنةٍ).

وهذه الْمَسألةُ تَدُلُّ على أن التَّناقُضَ إنما يَمنَعُ صِحّةَ الدَّعوى إذا لم يُمكِنِ التَّوفيقُ، أما إذا أمكَن: فلا، كذا ذُكِر في الأقضِية، وذُكِر في رِوايةٍ: أن التَّوفيقَ من الْمُدَّعي شرطٌ.

فإن قِيل: يَنبَغي أن لا تُقبَلَ بيِّنتُه في الوَجه الأوَّلِ أيضًا؛ لأنه ادَّعى شِراءً باطِلًا؛ لأنه ادَّعى شِراءَ ما مَلكه بالهِبة.

قُلنا: إذا جَحَد الهِبةَ فقد فَسَخها؛ إذ جُحودُ ما عَدا النِّكاحِ من العُقود فسخٌ له، بخِلاف النِّكاحِ؛ لأنه لا يَحتمِلُ الفسخَ، فانفَسَخت الهِبةُ في حقِّ الْمُدَّعى عليه، وتَوقَّف الفسخُ في حقِّ الْمُدَّعي على رِضاه، فإذا أقدَم على الشِّراء منه فقد رَضِي بذلك الفسخِ، فتَمَّ الفسخُ فيما بينَهما بتَراضِيهما، فإذا اشتَرى منه بعدَ ذلك فقد اشتَرى ما لا يَملِكُه، فصَحّ.

(١) في (هـ): أسبوع.

ولو ادَّعى الهِبةَ، ثم بَرْهَن على الشِّراء قبلَه، ولم يَقُل: (جَحَدني الهِبةَ فاشتَريتُها): لم يُقبَل أيضًا؛ لأن دَعواه الهِبةَ في وَقتٍ إقرارٌ منه بمِلك الواهِبِ في ذلك الوقتِ، ثم دَعوى الشِّرىٰ قبلَ ذلك تكونُ رُجوعًا عن ذلك الإقرارِ، فكان مُناقِضًا، فلا يَتمكَّنُ من إثباته بالبيِّنة، فأما دَعواه الشِّراءَ بعدَ ذلك تُقرِّرُ إقرارَه بالْمِلك له في ذلك الوقتِ، فيَتمكَّنُ من إثباته بالبيِّنة.

(اشتَريتَ منِّي هذه)، فأنكَر، وتَرَك الخُصومةَ: يَطَؤُها.

ومَن قال لآخَر: (اشتَريتَ مني هذه الأمةَ بألف دِرهَمٍ)، وقال الآخَرُ: (ما اشتَريتُ).. إن أجمَع البائعُ على تَرك الخُصومةِ: وَسِعه أن يَطَأَها؛ لأن الْمُشتريَ لَمّا جَحَد الشِّراءَ كان جُحودُه للبَيع فسخًا من جِهَته؛ إذ الفسخُ يَثبُتُ بالجُحود؛ لِمُشابَهةٍ بينَ الفسخِ -وهو رفعُ العقدِ من الأَصل- وبينَ الجُحودِ -وهو إنكارُ العقدِ من الأَصل-، فيُجعَلُ مَجازًا عنه.

ولهذا لو تَجاحَدا جُعِل ذلك فسخًا في حقِّهما، فإذا جَحَد أحَدُهما جُعِل ذلك فسخًا في حقِّه، ولكن لا يَنفسِخُ العقدُ بفَسخ أحَدِهما ما لم يَقبَل الآخَرُ صَريحًا أو دَلالةً، فإذا عَزَم البائعُ على تَرك الخُصومةِ فقد رَضِي بفَسخ صاحِبِه دَلالةً، فتَمَّ الفسخُ.

فإن قِيل: كيف يَثبُتُ الفسخُ في حقِّ البائعِ بمُجرَّد العزمِ على الفَسخ؟! وفسخُ شيءٍ من العُقود لا يَثبُتُ بمُجرَّد العزمِ؛ ألا تَرى أن من له خِيارُ الشَّرطِ إذا عَزَم بقَلبه على فَسخ العقدِ لا يَنفسِخُ العقدُ بمُجرَّد عزمِه.

قُلنا: قد اقترَن ذلك بفِعله، وهو إمساكُ الأمةِ ونقلُها وما أشبَه ذلك، فكان الفسخُ بفِعلٍ اقترَن به النِّيّةُ لا بمُجرَّد النِّيّةِ؛ ألا تَرى أن من قال لآخَر: (آجَرتُك هذه الدّابّةَ يومًا بكذا لتَركَبَها إلى مَكانِ كذا)، فأخَذها الْمُستأجِرُ وذَهَب بها، أو رَكِبها.. أن ذلك يَكونُ

قَبولًا، كذا هنا.

أقَرَّ بقَبض عَشَرةٍ، وادَّعى الزُّيوفَ: صُدِّق.

ومن أقَرَّ أنه قَبَض من فُلانٍ عشَرةَ دَراهِمَ، ثم ادَّعى أنها زُيوفٌ أو نَبَهْرَجةٌ: صُدِّق مع يَمينِه، ولو قال: (سَتُّوقةٌ): لا يُصدَّقُ؛ لأن اسمَ الدَّراهِمِ يَقَعُ على الجِياد والزُّيوفِ والنَّبَهْرَجةِ دونَ السَّتُّوقةِ، ولهذا يَجوزُ التَّجوُّزُ في الصَّرف والسَّلَمِ بالزُّيوف والنَّبَهْرَجةِ لا بالسَّتُّوقة، والقبضُ لا يَختَصُّ بالجِياد، فلا تَناقُضَ بينَ دَعوى الزِّيافةِ أو[1] النَّبَهْرَجةِ وبينَ الإقرارِ بقَبض الدَّراهِمِ، فيُقبَلُ قولُه.

ولو أقَرَّ بقَبض الجِيادِ، أو بقَبض حقِّه، أو بالاستيفاء، ثم ادَّعى أنها زُيوفٌ: لم يُصدَّق؛ لأنه مُناقِضٌ.

أما في الأوَّل: فظاهِرٌ، وكذا في غَيره؛ لأن حقَّه في الجِياد، فكان الإقرارُ بقَبض حقِّه مُطلَقًا إقرارًا بقَبض الجِيادِ، والاستيفاءُ عِبارةٌ عن القَبض بوَصف التَّمامِ، فكان عِبارةً عن قَبض حقِّه أيضًا.

والزَّيفُ: ما زَيَّفه بيتُ المالِ، **والنَّبَهْرجةُ**: ما لا يَقبَلُه التُّجّارُ، **والسَّتُّوقةُ**: ما يَغلِبُ عليه الغِشُّ، وهي مُعرَّبُ (سه تو[2]).

(لك عليَّ ألفٌ)، فرَدَّه، ثم صَدَّقه: بطَل.

ومن قال لآخرَ: (لك عليَّ ألفُ دِرهَمٍ)، فقال الْمُقَرُّ له: (لا شيءَ لي عليك)، ثم قال في مَكانه: (بل لي عليك ألفُ دِرهَمٍ): فليس على الْمُقِرِّ شيءٌ؛ لأن الْمُقَرَّ له إذا قال: (لا شيءَ لي عليك) فقد رَدَّ إقرارَه، والْمُقَرُّ له يَنفرِدُ بردِّ الإقرارِ، فمَلَك إبطالَه بنَفسه،

(١) في (ج) و(هـ): و.

(٢) في (ج): ستق، وفي (هـ): سو.

فإذا بَطَل بردِّه التحق بالعَدَم، فإذا قال بعدَ ذلك: (لي عليك ألفُ دِرهَمٍ) فهذا منه دَعوى الألفِ، فلا بُدَّ من الحُجّة أو تَصديقِ خصمِه.

بخِلاف ما لو قال الْمُقِرُّ: (اشتَريتُ)، وأنكَر الْمُقَرُّ له[1]، ثم عاد إلى التَّصديق؛ فإنه يَصِحُّ؛ لأن الْمُقَرَّ له لا يَستبِدُّ بإبطال الْمُقَرِّ به ثَمّ؛ لأن الفسخَ لا يَتِمُّ إلا بتَراضِيهما، كالبَيع، فإذا أنكَر الْمُقَرُّ له وردَّه: لم يَنفسِخ بفَسخه حتى يُساعِدَه صاحِبُه، فإذا رَجَع إلى التَّصديق فقد رَجَع والإقرارُ بالشِّراء قائِمٌ، فيَعمَلُ تَصديقُه، وهنا بخِلافه.

وذَكَر في «الهِداية» هنا: (لأن أحدَ الْمُتعاقِدَين لا يَنفرِدُ بالفَسخ كما لا يَنفرِدُ بالعَقد؛ لأنه حقُّهما، فبَقِي العقدُ، فيَعمَلُ التَّصديقُ)، وذَكَر قبلَه: (ولأنه لَمّا تَعذَّر استِيفاءُ الثَّمَنِ من الْمُشتَري فات رِضا البائِعِ، فيَستبِدُّ بفَسخه)، والتَّوفيقُ بينَ كَلامَيه صعبٌ.

ادَّعى عليه مالًا، فقال: (ما كان لك عليَّ شيءٌ قطُّ)، فبَرْهَن الْمُدَّعي على ألفٍ، وهو على القَضاءِ أو الإبراءِ: قُبِل.

ومن ادَّعى على آخرَ مالًا، فقال الْمُدَّعىٰ عليه: (ما كان لك عليَّ شيءٌ قطُّ)، فبَرْهَن الْمُدَّعي على ألفٍ، وبَرْهَن الْمُدَّعىٰ عليه على القَضاء أو الإبراءِ: يُقبَلُ.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يُقبَلُ؛ لأن القَضاءَ يَستَدعي سَبْقَ الوُجوبِ؛ لأنه تَسليمُ مِثلِ الواجِبِ، وقد أنكَره، فكان مُناقِضًا.

ولنا: أن التَّوفيقَ بينَ الكَلامَين مُمكِنٌ؛ لأنه يُمكِنُه أن يَقولَ: (لم يكن لك عليَّ شيءٌ، ولكن آذَيتني بخُصومتك الباطِلةِ، فدَفَعتُ إليك ما تَدَّعيه دفعًا لأَذاك)، وغيرُ الحقِّ قد يُقضى ويُبرأُ منه، ولهذا يُقالُ: قُضِي بباطِلٍ، وقد يُصالَحُ على شيءٍ بالإنكار، فيَثبُتُ ثم يُقضى.

(١) في (هـ): اشتريت وقال المقر له لا.

وكذا لو قال: (ليس لك عليَّ شيءٌ قطُّ)؛ لأن التَّوفيقَ أظهَرُ؛ لأنه يقولُ: (ليس لك عليَّ شيءٌ في الحال؛ لأني قد قَضَيتُ حقَّك، أو لأنك أبرَأتني)؛ ألا تَرى أنه لو صَرَّح به يَصِحُّ؛ وهذا لأن (ليس) لنَفيِ الحالِ.

ولو زاد: (ولا أعرِفُك[1]): لا.

ولو قال: (ما كان لك عليَّ شيءٌ قطُّ، ولا أعرِفُك): لم تُقبَل بيِّنتُه على القَضاء أو على الإبراء؛ لامتِناع التَّوفيقِ؛ إذ لا يُتصوَّرُ أن يَكونَ بينَ اثنَين خُصومةٌ ومُصالَحةٌ وإبراءٌ وقَضاءٌ واقتِضاءٌ.. ولا يَعرِفَ أحَدُهما صاحِبَه، فتَعذَّر التَّوفيقُ، فبَطَلت البيِّنةُ.

وذَكَر القُدُوريُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ عن أَصحابنا رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ في هذه المَسألةِ: أن بيِّنَتَه على القَضاء تُقبَلُ أيضًا؛ لأن الرَّجُلَ ربما يَدَّعي على رَجُلٍ مُحتجِبٍ أو امرَأةٍ مُحتجِبةٍ، فيُؤذِيه بالشَّغب على باب دارِه، فيأمُرُ بعضَ وُكَلائِه أن يُعطِيَه ما يُرضِيه، فقد قَضاه ولا يَعرِفُه، ثم يَعرِفُه بعدَ ذلك، فكان التَّوفيقُ مُمكِنًا من هذا الوجهِ، فتُقبَلُ بيِّنتُه.

وقِيل: تُقبَلُ البيِّنةُ على الإبراء في هذا الفصلِ باتِّفاق الرِّواياتِ؛ لأن الإبراءَ يَتحقَّقُ بلا مَعرِفةٍ.

كبيِّنة البائِعِ على البَراءة من كلِّ عَيبٍ بعدَ قولِه: (لم أبِعْه منك قطُّ)، وإثباتِه الشِّراءَ، ودَعوى العَيبِ.

ومن ادَّعى على رَجُلٍ أنه اشتَرى منه هذه الأمَةَ، وأنكَر المُدَّعىٰ عليه البيعَ وقال: (لم أبِعها منك قطُّ)، فبَرهَن المُشتَري على الشِّراء، ثم وَجَد بها إصبَعًا زائِدةً، وأراد ردَّها، فبَرهَن البائعُ أنه بَرِئَ إليه من كلِّ عَيبٍ: لم تُقبَل بيِّنةُ البائِعِ؛ لأن التَّوفيقَ بينَ

---

(١) في (ف): زاد أعرفك.

الكَلامَين مُتعذِّرٌ؛ إذ شرطُ البَراءةِ عن العَيب تَصرُّفٌ في العَقد بتَغييره عن اقتِضاء صِفةِ السَّلامةِ إلى غَيرها، وتَغييرُ العقدِ من وصفٍ إلى وصفٍ بلا عقدٍ مُحالٌ، وإذا بَطَل التَّوفيقُ ظَهَر التَّناقُض، فيَمنَعُ صِحَّةَ الدَّعوى.

ولا تُسمَعُ البيِّنَةُ في حُقوق العِبادِ بلا دَعوى، وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه تُقبَلُ؛ اعتِبارًا بفَصل الدَّينِ.

ولهما: أن الدَّينَ قد يُقضى وإن كان باطِلًا، كما مَرّ، ولا كذلك هنا.

ويَبطُلُ الصَّكُّ بـ (إن شاء اللهُ)(س م).

ويَبطُلُ الصَّكُّ بـ (إن شاء اللهُ)، أي: إذا كَتَب رَجُلٌ إقرارَه بدُيونه في صكٍّ، ثم كَتَب في آخِره: (ومن قام بهذا الذِّكرِ الحقِّ فهو وَكيلي إن شاء اللهُ تَعالى)، أي: من أخرَج هذا الصَّكَّ وطَلَب ما فيه من الحقِّ فله ذلك.

أو كَتَب صكَّ الشِّراءِ، وكَتَب في أسفَله: (وما أدرَك فُلانًا من دَرَكٍ فعلى فُلانٍ خَلاصُ ذلك وتَسليمُه إن شاء اللهُ): بَطَل الذِّكرُ كلُّه، حتى يَبطُلُ الدَّينُ الذي في ذِكر الحقِّ، ويَفسُدُ الشِّراءُ والخَلاصُ.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: الدَّينُ لازِمٌ، والشِّراءُ جائِزٌ، وقولُه: (إن شاء اللهُ) يَنصرِفُ إلى قَوله: (ومن قام بهذا الذِّكر الحقِّ)، وعلى الخَلاص؛ استِحسانًا.

والحاصِلُ: أن الاستِثناءَ يَنصرِفُ إلى ما يَلِيه عندَهما؛ لأن الأصلَ في الكَلام الاستِبدادُ، والصَّكُّ يُكتَبُ للاستيثاق، فصار ذلك دَلالةَ صرفِ الاستِثناءِ إلى ما يَلِيه وقصرِه عليه.

وعندَه: يَنصرِفُ إلى جَميع ما تَقدَّم، فيَبطُلُ الكلُّ؛ لأن كَلِماتِ الصَّكِّ كُتِبت

مَعطوفةً بعضُها على بعضٍ، والكَلِماتُ الْمَعطوفةُ بعضُها على بعضٍ إذا لَحِق في آخِرها استِثناءٌ يَنصرِفُ إلى جَميع ما تَقدَّم، فإنه لو قال: (عليَّ صَومٌ وصَلاةٌ وحجٌّ إن شاء اللهُ تَعالى) لا يَلزَمُه شيءٌ، كذا هنا.

ولو تَرَك فُرجةً[1] قالُوا: لا يَلتحِقُ الاستِثناءُ بالكلّ؛ إذ الفُرجةُ في الصُّكوك كالسُّكوت في النُّطق.

فإن قِيل: لماذا يُكتَبُ هذا ولا يَصِحُّ التَّوكيلُ على هذا الوجهِ؛ لأنه تَوكيلُ الْمَجهولِ، والْمَجهولُ لا يَصلُحُ وَكيلًا؟

قُلنا: الغرَضُ من كِتابته إسقاطُ وِلايةِ امتِناعِ الْمَديونِ عن استِماع خُصومةِ الوَكيل؛ فإن التَّوكيلَ بغَير رِضا الخصمِ لا يَلزَمُ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعلى تَقدير الرِّضا ههنا يَلزَمُ التَّوكيلُ بلا رِضاه.

وإنما يَلزَمُ بهذا: لأنه إسقاطٌ، والإسقاطاتُ تَصِحُّ مع الجَهالاتِ.

---

(١) في (ف): أي في الكتابة.

فَصْلٌ فِي القَضَاءِ بالمَوارِيثِ

مات ذِمِّيٌّ، فقالَت زَوجتُه: (آمَنتُ بعدَ مَوتِه)، وقالَت وَرَثتُه: (قبْلَه): صُدِّقوا[1].

مات نَصرانيٌّ، فجاءت امرأتُه مُسلِمةً فقالت: (أسلَمتُ بعدَ موتِه، ولي الْمِيراثُ)، وقالت وَرَثتُه: (أسلَمتِ قبلَ مَوتِه، ولا مِيراثَ لكِ): فالقولُ للوَرَثة.

وقال زفرُ رَحِمَهُ اللَّهُ: القولُ لها؛ لأن الإسلامَ حادِثٌ، والأصلُ أن تُضافَ الحَوادِثُ إلى أقرَب الأوقاتِ، وأقرَبُ الأوقاتِ ما بعدَ الموتِ.

ولنا: أن الإسلامَ ثابِتٌ في الحال، والحالُ تَدُلُّ على ما قبلَها، كما في مَسألة الطَّاحونةِ إذا اختَلَف الْمُؤجِرُ والْمُستأجِرُ في جَريان الماءِ وانقِطاعِه، فإنه يُحكِّمُ الحالُ، ويُستدَلُّ بها على الماضِي، وهذا ظاهِرٌ نَعتبِرُه للدَّفع، وما ذَكَره يَعتبِرُه للاستِحقاق، والظَّاهرُ يَصلُحُ للدَّفع لا للاستِحقاق.

ولو مات الْمُسلِمُ وله امرأةٌ نَصرانيّةٌ، فجَاءت مُسلِمةً بعدَ موتِه وقالت: (أسلَمتُ قبلَ موتِه)، وقالت الوَرَثةُ: (أسلَمتِ بعدَ موتِه): فالقولُ للوَرَثة أيضًا؛ لأنها تَدَّعي أمرًا حادِثًا، والأصلُ في الحَوادِث أن يُضافَ حُدوثُها إلى أقرَب الأوقاتِ.

فالحاصِلُ: أنها تَتمسَّكُ هنا بما تَمسَّكوا به ثَمّ، وهم تَمسَّكوا هنا بما تَمسَّكت ثَمّ، غيرَ أنها في الْمَسألتَين تَتمسَّكُ بالظّاهِر لإثبات الاستِحقاقِ، وهم تَمسَّكوا به في الْمَسألتَين للدَّفع، والظّاهرُ يَكفي لدَفع الاستِحقاقِ لا لإثبات الاستِحقاقِ.

فإن قِيل: الماءُ إذا كان جارِيًا في مَسألة الطّاحونةِ يُجعَلُ الحالُ حُجّةً لصاحِب الطّاحونةِ، حتى يُقضى بالأَجر على الْمُستأجِر، فقد تمسَّكتُم بالحال لإثبات استِحقاقِ الأجرِ.

قُلنا: ثَمَّ اتَّفقا على سَبَب الوُجوبِ، وهو العقدُ، واختَلَفا في التّأكيد، والظّاهرُ يَصلُحُ حُجّةً للتّأكيد وإبقاءِ ما كان على ما كان، وفي مَسألة الْمِيراثِ اختَلَفا في وُجود السَّبَبِ، وهو الزَّوجيّةُ، مع اتِّفاقِهما في الدَّين عندَ الموتِ، فلا يَصلُحُ الظّاهرُ حُجّةً[1].

قال الْمُودَع: (هذا ابنُ مُودِعي، لا وارِثَ له غيرُه): دُفِع إليه، وإن قال لآخَرَ: (هذا ابنُه أيضًا)، وكَذَّب الأوّلُ: قُضِي له.

ومن مات وله في يَد رَجُلٍ أربعةُ آلافِ دِرهَمٍ، فقال الْمُودَعُ لرَجُلٍ: (هذا ابنُ الميْتِ لا وارِثَ له غيرُه): فالقاضِي يَقضِي بدَفع الوَديعةِ إليه؛ لأنه أقَرَّ أن ما في يَده حقُّ الوارِثِ بطَريق الخِلافةِ، فصار كما لو أقَرَّ أنه حقُّ الْمُورِّثِ وهو حيٌّ بطَريق الأصالةِ؛ وهذا لأن الْمُودَعَ زَعَم أن الْمُودِعَ مات، وأن هذا يَخلُفُه في تَرِكته، وكونُه مُودَعًا لا يَدفَعُ خُصومةَ من أودَعه، فكذا لا يَدفَعُ خُصومةَ خَلَفِه.

بخِلاف ما لو أقَرَّ لرَجُلٍ أنه وَكيلُ الْمُودَعِ بقَبض الوَديعةِ، أو أنه اشتَراه منه؛ حيث لا يُؤمَرُ بالدَّفع إليه؛ لأن صاحِبَ اليدِ ثَمَّ مُقِرٌّ بأنه مِلكُ الغائِبِ؛ إذ[2] هو حيٌّ، ويدُه في الوَديعة يدُ الغائِبِ، فلا يَملِكُ إبطالَ يدِه ومِلكِه بإقراره، وفي تَصحِيح إقرارِه تَنفيذُ إقرارِه في مِلك الغيرِ بزَعمه، وهنا زَعَم أن الميْتَ لم يَبقَ مالِكًا، وأن المالِكَ هو الوارِثُ، فلم يكن في تَصحِيح إقرارِه تَنفيذُ إقرارِه في مِلك الغيرِ.

(١) في (أ) و(هـ): حجة له.

(٢) في (ج): و.

وهذا بخِلاف ما لو أقرَّ الْمَديونُ أن فُلانًا وَكيلٌ عن ربِّ الدَّينِ بقَبض الدَّينِ؛ حيث يُؤمَرُ بقَضاء الدَّينِ؛ لأن الْمَديونَ يَقضِيه من مال نفسِه؛ إذ الدُّيونُ تُقضى بأَمثالها، فكان مُقِرًّا على نَفسه، فأُمِر بالدَّفع إليه.

فلو قال الْمُودَعُ لآخرَ: (هذا ابنُ الميْتِ أيضًا)، وقال الأوَّلُ: (ليس للمَيْت ابنٌ غَيري): قُضِي بالمال كلِّه للأوَّل؛ لأن هذه شَهادةٌ على الأوَّل بعدَ انقِطاعِ يدِه عن المال، فلا تُقبَلُ، كما لو كان الأوَّلُ ابنًا مَعروفًا.

مِيراثٌ قُسِم بينَ الغُرَماءِ: لا يُكفَلُ (س م).

مِيراثٌ قُسِم بينَ الوَرَثةِ أو بينَ الغُرَماءِ: لا يُؤخَذُ منهم كَفيلٌ، وهذا شيءٌ احتَاط به بعضُ القُضاةِ، وهو ظُلمٌ، وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ ومحمدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُؤخَذُ الكَفيلُ من الغَريم أو الوارِثِ.

والْمَسألةُ فيما إذا ثَبت الدَّينُ للغُرَماء، وقَضى القاضِي بدُيونهم، واحتُمِل أن يَكونَ على الميْت دَينٌ غيرُه، أو قامت البَيِّنةُ على الْمَوارِيث، ولم يَشهَد الشُّهودُ أنهم لا يَعلَمون له وارِثًا غيرَه، فإن القاضِيَ يَتأنّى في ذلك، فإن فَعَل ولم يَظهَر له وارِثٌ آخرُ، فقَضى.. هل يَأخُذُ كَفيلًا أم لا؟

لهما: أن القاضِيَ نُصِّب ناظِرًا للغُيَّب، والموتُ قد يَقعُ بَغتةً، ويَجوزُ أن يَكونَ للمَيْت وارِثٌ غائِبٌ أو غَريمٌ غائِبٌ، فيَجِبُ على القاضِي الاحتِياطُ بالتَّكفيل؛ مُبالَغةً في الإحياء، وتَفادِيًا عن الإتواء، كما إذا وَجد آبِقًا، أو التَقَط لُقَطةً، وسَلَّم الآبِقَ واللُّقَطةَ إلى صاحِبه بالعَلامة، فإنه يَحتاطُ بالتَّكفيل، وصار هذا كامرَأةٍ تَستنفِقُ وزَوجُها غائِبٌ، وله عندَ رَجُلٍ وَديعةٌ، والْمُودَعُ مُقِرٌّ بالوَديعة والزَّوجيّةِ، فالقاضِي يَفرِضُ لها النَّفَقةَ ويَأخُذُ منها كَفيلًا.

وله: أن حقَّ الحاضِرِ مَعلومٌ، وحقَّ الغائِبِ مَوهومٌ، والْمَوهومُ لا يُعارِضُ الْمَعلومَ، فلا يَجوزُ التَّأخيرُ والتَّعطيلُ إلى زَمان التَّكفيلِ، كمن أثبَت الشِّراءَ ممن في يَده بالبيِّنة، فإنه يُقضى لِمُدَّعي الشِّراءِ ولا يُؤخَذُ منه كَفيلٌ، وإن تُوُهِّم ظُهورُ مُشترٍ آخرَ معه أو قبلَه، أو أُثبِت الدَّينُ على العَبد: فإنه يُباعُ في دَينه ويَأخُذُ دَينَه منه، ولا يَأخُذُ الكَفيلَ منه وإن تُوُهِّم ظُهورُ دَينٍ آخرَ.

ولأن الْمَكفولَ له مَجهولٌ، فصار كما لو كَفَل لأحَد الغُرَماءِ، فإنه لا يَصِحُّ؛ للجَهالة، بخِلاف النَّفَقةِ؛ لأن حقَّ الزَّوجِ في الوَديعة ثابِتٌ، وهو مَعلومٌ.

وأما الآبِقُ واللُّقَطةُ: ففيه رِوايتان، **والأصَحُّ**: أنه على الخِلاف.

وقِيل: إن دَفَع بعَلامة اللُّقَطةِ وإقرارِ العبدِ: يُكفَّلُ إجماعًا؛ لأن الحقَّ غيرُ ثابِتٌ؛ لأن العَلامةَ أو قولَ العبدِ لا يُوجِبُ الاستِحقاقَ، ولهذا كان له أن يَمنَعَ، فكان له أن يُؤخِّرَ إلى زَمان التَّكفيلِ، حتى لو ظَهَر الاستِحقاقُ بالبيِّنة كان التَّأخيرُ إلى زَمان التَّكفيلِ على الخِلاف.

وقولُه: (وهو ظُلمٌ) أي: مَيلٌ عن سَواء السَّبيلِ، وفيه دَليلٌ على أن الْمُجتهِدَ يُخطِئُ ويُصيبُ، وعلى أن أبا حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ بَرِيءٌ عن مَذهَب الاعتِزالِ[1].

---

(١) أي من قولهم كل مجتهد مصيب، وقد جرهم إلى هذا القول وجوب الأصلح فكان صيانة المجتهدين عن الخطأ وتقريرهم على الصواب واجبًا.

وسبب نسبة هذا القول إلى أبي حنيفة ما روي عنه أنه قال ليوسف بن خالد السمتي: كل مجتهد مصيب، والحق عند الله واحد.

ولو حمل على ظاهره لكان متناقضًا، إذ قوله: (والحق عند الله واحد) يفيد أنه ليس كل مجتهد أصاب الحق، وإلا لكان الحق متعددًا، فلزم أن معنى قوله كل مجتهد مصيب: أي يصيب حكم الله تعالى=

ادَّعى دارًا إرثًا لنفسه، وأخٌ غائِبٌ، وبَرْهَن: أخَذ نِصفَ الْمُدَّعى فقط(س م).

=بالاجتهاد، فإنه تعالى أوجب الاجتهاد على المتأهل له، فإذا اجتهد فقد أصاب بسبب قيامه بالواجب. انتهى من «الفتح» ٧/ ٣٤٧ بتصرف يسير.

وفي «البحر» ٧/ ٤٦ بعد أن نقل نحوًا من هذا: قالوا: هذا كشف عن مذهبه بأن المجتهد يخطئ أيضًا، قيل: إذا قولنا بجواز التكفيل كشف عن الاعتزال -وأنت خبير بأن هذا الإيراد باطل- فإنهما جوزا بالاجتهاد أخذ الكفيل قياسًا على رد الآبق واللقطة، فأنى يلزم منه كون كل مجتهد مصيبًا.

والاستدلال من وصف الإمام بالظلم بناء على ملازمة عادية كانت في تلك العصر من عدم تقليد القضاء إلا من المجتهد، فكان التكفيل الصادر من القاضي تكفيلًا من القاضي المجتهد، ويكون المراد من بعض القضاة القاضي المعهود.

وزيف أيضًا بأن المجتهد إذا أخطأ فله أجر بلا خلاف، وغايته أنه بالتكفيل أخطأ فلا يكون ظلمًا، فلا يصح الاستدلال. وأجيب عنه: بأن الإمام قال: وهو ظلم وميل، فالوصف بالميل دل على أن المراد بالظلم وضع الشيء في غير موضعه، والإطلاق ولو بالمجاز دل أنه يخطئ؛ إذ لولاه لما صح ذلك، فحصل الكشف بالوصف الواقع من الإمام بالاتصاف في الواقع. اهـ.

وحاصله: أن وصفه بأن فعله ظلم لا يقتضي أنه في الواقع ظالم بمعنى مرتكب للحرام، وإن صح أن يقال إنه ظالم أي واضع لأخذ الكفيل في غير موضعه، والمقصود تأويل العبارة بحيث لا تفيد أن القاضي بأخذه الكفيل آثم؛ لأن ثبوت الأجر له في ذلك ينافي الإثم، وفي «الأصل»: قال أبو حنيفة: أرأيت لو لم يجد كفيلًا؟ كنت أمنعه حقه بشيء أخاف ولم يستبن بعد ولم يجب عليه بعد؟ اهـ.

والأولى في الجواب عن قول الإمام في حق ابن أبي ليلى مع كونه مجتهدًا: ما قاله في «التلويح»، وعبارته: والمخطئ في الاجتهاد لا يعاقب، ولا ينسب إلى الضلال، بل يكون معذورًا ومأجورًا؛ إذا ليس عليه إلا بذل الوسع وقد فعل، فلم ينل الحق لخفاء دليله، إلا أن يكون الدليل الموصل إلى الصواب بينًا، فأخطأ المجتهد لتقصير منه، وتركِ مبالغةٍ في الاجتهاد، فإنه يعاتب، وما نقل من طعن السلف بعضهم على بعض في المسائل الاجتهادية كان مبنيًا على أن طريق الصواب بين في زعم الطاعن. اهـ.

وفي «مناقب» الكردري: ما زال أبو حنيفة يخطئ ابن أبي ليلى وهو قاضي الكوفة حتى عزله الخليفة. انتهى.

دارٌ في يَد رَجُلٍ، أَقام آخَرُ البَيِّنَةَ أن أَباه مات وتَرَكها مِيراثًا بينَه وبينَ أخِيه فُلانٍ الغائِبِ، ولا وارِثَ له غيرُهما: قُضِي له بالنِّصف، وتُرِك النِّصفُ الآخَرُ في يَد الذي هي في يَدَيه، ولا يُستوثَقُ منه بكَفيلٍ.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: إذا جَحَدها ذو اليدِ أخَذها القاضِي منه، ويَجعَلُها في يَد أمينٍ حتى يَقدَمَ الغائِبُ، وإن لم يَجحَد تُرِك النِّصفُ الآخَرُ في يَده حتى يَقدَمَ الآخَرُ؛ لأن الجاحِدَ خائِنٌ، فيُؤخَذُ منه، والْمُقِرّ أمينٌ، فيُترَكُ في يَده.

وله: أن اليدَ الثّابتةَ لا تُنزَعُ بلا ضَرورةٍ، ولا ضَرورةَ؛ لأن القَضاءَ وَقَع للمَيْت بالكلّ؛ لأن الوارِثَ قال: (هذا مِيراثٌ)، ولا إرثَ إلا بثُبوت الْمِلكِ للمُورِّث، واحتِمالُ كونِه مُختارَ الميْتِ ثابِتٌ، فلا تُنقَضُ يدُه، كما لو كان مُقِرًّا وبَطَل جُحودُه بقَضاء القاضِي، والظّاهرُ أنه لا يَجحَدُ فيما يُستقبَلُ؛ لأن الحادِثةَ صارت مَعلومةً للقاضِي ولذي اليدِ، وجُحودُهُ باعتِبار اشتِباهِ الأمرِ عليه، وقد زال.

ولو كانت الدَّعوى في مَنقولٍ.. فقِيل: يُؤخَذُ منه اتِّفاقًا؛ لاحتِياج الْمَنقولِ إلى الحِفظ، والنَّزعُ من يَده أبلَغُ في الحِفظ؛ كيلا يُتلِفَه، وأما العَقارُ: فمَحفوظٌ بنَفسه؛ ألا تَرى أن الوصِيَّ يَملِكُ البيعَ على الكَبير الغائِبِ في العُروض دونَ العَقارِ، وكذا وصِيُّ الأمِّ والأخِ والعمِّ يَملِكُ ذلك على الصَّغير.

وقِيل: الْمَنقولُ على الخِلاف أيضًا، وقولُ أبي حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ في الْمَنقول أظهَرُ؛ لحَاجته إلى الحِفظ، والتَّركُ في يَده أبلَغُ في الحِفظ؛ لأن المالَ في يَد الضَّمينِ أشَدُّ حِفظًا، وبالإنكار صار ضامِنًا، ولو وُضِع على يَد عَدْلٍ كان أمينًا فيه.

وإنما لا يُؤخَذُ الكَفيلُ: لأنه إنشاءُ خُصومةٍ، والقاضِي نُصِّب لقَطع الخُصوماتِ لا لإنشائها.

وإذا حَضَر الغائبُ لا يُحتاجُ إلى إِعادة البيِّنةِ في الصَّحيح، ويُسلَّمُ النِّصفُ إليه بذلك القَضاءِ؛ لأن القَضاءَ وَقَع للمَيْت، وأحَدُ الوَرَثةِ يَنتصِبُ خصمًا عن سائِر الوَرَثةِ فيما يُستحَقُّ للمَيْت وعليه، دَينًا كان أو عَينًا؛ لأن الْمَقضيَّ له وعليه في الحَقيقة الميْتُ، وأحَدُ الوَرَثةِ يَصلُحُ خَليفةً عنه في ذلك، ولكنه في الاستِيفاء عامِلٌ لنَفسه دونَ الميْتِ، فلا يَصلُحُ نائِبًا عن غَيره، فلهذا لا يَستَوفي إلا نَصيبَ نفسِه، وصار كما لو قامت البيِّنةُ بدَينٍ للمَيْت، فإنه يُقضى بالكلِّ، ولا يَأخُذُ إلا نَصيبَ نفسِه.

وذَكَر في «الجامِع الكَبيرِ»: إنما يَكونُ قَضاءً على جَميع الوَرَثةِ إذا كان الْمُدَّعى في يَد الوارِثِ الحاضِرِ، ولو كان البعضُ في يَده يَنفُذُ بقَدْره؛ لأن دَعوى العَينِ لا تَتوجَّهُ إلا على ذي اليدِ، فإنما يَنتصِبُ أحدُ الوَرَثةِ خصمًا عن الكلِّ إذا كان الْمُدَّعى في يَده.

وهذا بخِلاف دَعوى الدَّينِ، فإن أحدَ الوَرَثةِ يَنتصِبُ خصمًا عن الميْت وعن باقِي الوَرَثةِ في دَعوى الدَّينِ على الميْت، وإن لم يكن في يَده شيءٌ من التَّركة.

(مالي -أو ما أملِكُ- صَدَقةٌ): على مال الزَّكاةِ(ز)، وأمسَك قُوتَه[1]، فإن أَصابه: تَصدَّق به.

ومن قال: (مالي -أو ما أملِكُ- في الْمَساكِين صَدَقةٌ): فهو على أَموال الزَّكاةِ.

أَوصى بثُلُث مالِه: على كلِّ شيءٍ.

ولو أَوصى بثُلُث مالِه فهو على كلِّ شيءٍ.

والقِياسُ فيهما واحِدٌ، وهو قولُ[2] زفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأن اسمَ المالِ عامٌّ، فيلزَمُه التَّصدُّقُ بكلِّ مالِه، كما في الوَصِيَّة.

---

(١) القُوت بالضم: الْمُسكة من الرزق، وقيل: ما يؤكل ليمسك الرمق. «التعريفات الفقهية» ص١٧٨.

(٢) في (هـ): على قول.

ولنا: أن إيجابَ العبدِ مُعتبَرٌ بإيجاب اللهِ تَعالى، ثم ما أوجَب اللهُ تَعالى من الصَّدَقة مُضافةٌ إلى مالٍ مُطلَقٍ -لقَوله تَعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [التَّوبَة : ١٠٣] - انصَرَف إلى الفُضُول لا إلى كلِّ المالِ، فكذا ما يُوجِبُه العبدُ على نَفسه.

بخِلاف الوصِيّةِ؛ لأنها أُختُ الْمِيراثِ؛ لأنها خِلافةٌ، كالوِراثة، والإرثُ يَجري في جَميع الأشياءِ، فكذا الوصِيّةُ، وفي الحَقيقة هما سِيّان؛ لأن إيجابَ الصَّدَقةِ انصَرَف إلى الفُضُول في حَياته، والأموالُ كلُّها فُضولٌ بعدَ وَفاتِه؛ لاستِغنائه عنها بالْمَوت.

والأراضِي العُشريّةُ تَدخُلُ عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنها سببُ الصَّدَقةِ، وهي العُشرُ، وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تَدخُلُ؛ لأنها سببُ الْمُؤنةِ.

وحاصِلُه: أن جِهةَ الْمُؤنةِ غالِبةٌ عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن سببَه الأرضُ النّاميةُ، كما في الخَراج، وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: جِهةُ الصَّدَقةِ غالِبةٌ، ولهذا تُصرَفُ مَصارِفَ الصَّدَقاتِ.

والأرضُ الخَراجيّةُ لا تَدخُلُ إجماعًا؛ لأن الخَراجَ مُؤنةٌ فيه مَعنى العُقوبةِ، وليس بعِبادةٍ بوجهٍ، وفي رِوايةٍ: لو قال: (ما أملِكُ صَدَقةٌ في الْمَساكِين) يَتناوَلُ كلَّ مالٍ؛ لأن الْمِلكَ أعَمُّ من المال؛ ألا تَرى أنه قد يَملِكُ غيرَ المالِ، كالقِصاص، والنِّكاحِ، والخمرِ، والْمُخصِّصُ إيجابُ الشَّرعِ، وهو مُختصٌّ بلَفظ المالِ في الكِتاب والسُّنّةِ، ولم يُوجَد الْمُخصِّصُ في لَفظ الْمِلكِ، فيَبقى عامًّا.

والصَّحيحُ: أنهما سَواءٌ؛ لأنهما يُستعمَلان استِعمالًا واحِدًا، ولأن الظّاهرَ أنه يَلتزِمُ الصَّدَقةَ بالفاضِل عن الحاجة، سَواءٌ كان بلَفظ الْمِلكِ أو بلَفظ المالِ، بخِلاف الوصِيّةِ؛ فإنها تَقَعُ في حال الاستِغناءِ، فتَنصرِفُ إلى الكلِّ؛ لأن الكلَّ فاضِلٌ حينَئذٍ.

ثم إذا لم يكن له مالٌ سِوى ما دَخَل تحتَ الإيجابِ أمسَكَ قُوتَه، فإن أصاب شيئًا

تَصدَّق بمِثل ما أمسَك؛ لأن حاجتَه مُقدَّمةٌ.

ولم يُبيِّن مِقدارُ قُوتِه؛ لأن ذلك يَختلِفُ بقِلّة العِيالِ وكَثرتِه[1]، وقِيل: إن كان صاحِبَ حِرفةٍ يُمسِكُ قُوتَ يومٍ، وإن كان صاحِبَ غَلّةٍ يُمسِكُ قُوتَ شهرٍ، وإن كان صاحِبَ ضَيعةٍ يُمسِكُ قُوتَ سنةٍ، وإن كان تاجِرًا يُمسِكُ مِقدارَ ما يَرجِعُ إليه مالُه؛ اعتِبارًا لتَفاوُت وُصولِهم إلى المال.

أُوصِي إليه، ولم يَعلَم(س): صار وَصِيًّا، بخِلاف الوَكيلِ.

رَجُلٌ أُوصِي إليه ولم يَعلَم حتى باع شيئًا من التَّرِكة: فهو وصِيٌّ، وبيعُه جائزٌ.

ولا يَصِحُّ بيعُ الوَكيلِ حتى يَعلَمَ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لا يَصِحُّ في الوَصِيّة أيضًا حتى يَعلَمَ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما إنابةٌ، إلا أن إِحداهما[2] بعدَ الموتِ، والأُخرى قبلَه.

ولهما: أن الوصِيّةَ استِخلافٌ؛ لأن الوصِيَّ يَتصرَّفُ بعدَ انقِطاعِ وِلايةِ الْمُوصِي، فلا يَتوقَّفُ على العِلم، كتَصرُّف الوارِثِ، أما الوَكالةُ: فإثباتُ وِلايةِ التَّصرُّفِ في ماله، وليست باستِخلافٍ؛ لبَقاء وِلايةِ الْمَنوبِ عنه، فلا يَصِحُّ بلا عِلم من تَثبُتُ به الوِلايةُ، كإثبات الوِلايةِ بإثبات الْمِلكِ بالبَيع والهِبةِ.

ومن أعلَمه بالوَكالة صحَّ تَصرُّفُه.

ومن أعلَمه من النّاس بالوَكالة صَحَّ تَصرُّفُه؛ لأن الإعلامَ بالوَكالة إثباتُ حقِّ الوَكيلِ ليَستوفِيَه إن شاء، وليس فيه إلزامٌ لتُشترَطَ شَرائِطُ الإلزامِ.

---

(١) في (هـ): وكثرتهم.

(٢) في (ج): أحدهما.

وعزلُه لا يَثبُتُ إلا بعَدْلٍ(س م) أو مَستورَين(س م).

وعزلُه لا يَصِحُّ إلا بشَهادة رَجُلٍ عَدْلٍ أو مَستورَين عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعندَهما: هذا والأوَّلُ سَواءٌ، يُقبَلُ فيه خبَرُ العدلِ، والفاسِقِ، والْمَستورِ، والعبدِ، والحُرِّ.

كإِخبار السَّيِّدِ بجِنايةِ عبدِه، والشَّفيعِ، والبِكرِ، ومُسلِمٍ لم يُهاجِر، وحَجْرِ الْمَأذونِ.

وعلى هذا الخِلافِ: السَّيِّدُ إذا أُخبِر بجِنايةِ عبدِه، فباعه، أو أعتَقه: لا يَصيرُ مُختارًا للفِداء عندَه إلا إذا أخبَره عدلٌ أو مَستوران، خِلافًا لهما.

والشَّفيعُ إذا أخبَره واحِدٌ غيرُ عدلٍ، وسَكَت: لا تَبطُلُ شُفعتُه عندَه.

والبِكرُ إذا سَكَتت بعدَما أُخبِرت بإِنكاح الوليِّ.

والْمُسلِمُ الذي لم يُهاجِر إذا أُخبِر بالشَّرائِع.

وكذا حَجْرُ الْمَأذونِ.

لهما: أن هذا من جِنس الْمُعامَلاتِ، فلا يَتوقَّفُ على شَرائِط الشَّهادةِ، كالإِخبار بالتَّوكيل.

وله: أن الخبَرَ بهذه الجُملةِ يُشبِهُ التَّوكيلَ من حيث إن الْمُتصرِّفَ يَتصرَّفُ في مِلكه، ويُشبِهُ الإلزاماتِ؛ لِما فيه من ضرَرٍ يَلزَمُ الآخرَ من حيث منعُه عن التَّصرُّف، فوَجَب أن يُشترَطَ أحدُ شَطرَي الشَّهادةِ، وهو العدَدُ أو العَدالةُ؛ تَوفيرًا على الشَّبهَين حظَّهما.

بخِلاف التَّوكيلِ؛ لأنه لا إلزامَ فيه بوجهٍ، وبخِلاف الرَّسولِ؛ لأن عِبارتَه كعِبارة الْمُرسِلِ، فصار كأنه حَضَر بنفسه[1].

---

(١) مثبتة من (ج).

قاضٍ باع أو أمينُه عبدًا للغُرَماء، وأخَذ المالَ، فضاع، واستُحِقَّ العبدُ: رَجَع الْمُشتَرِي على الغُرَماء.

قاضٍ باع أو أمينُه عبدًا للغُرَماء، وأخَذ المالَ، فضاع، واستُحِقَّ العبدُ من يَد الْمُشتَرِي: لم يَضمَن؛ لأن أمينَ القاضِي بمَنزِلة القاضِي؛ لأنه نائبُه، والقاضِي بمَنزِلة الإمامِ، وكلُّ واحِدٍ منهم لا يَلحَقُه ضَمانٌ؛ لأنهم يَحتاجُون إلى أمثال هذا في كلِّ يومٍ مِرارًا وأطوارًا، فلو قُلنا برُجوع الحُقوقِ إليهم لتَقاعَدوا عن إقامتها، فتَختَلُّ مَصالِحُ النّاسِ.

ورَجَع الْمُشتَرِي على الغُرَماء.

ولأنه عقدٌ لم تَجِب عُهدتُه على العاقِد، فيَجِبُ على من وَقَع العقدُ له، والبيعُ واقِعٌ للغُرَماء، فتكونُ العُهدةُ عليهم، كما لو كان العاقِدُ صبِيًّا مَحجورًا، أو عبدًا مَحجورًا، وقد تَوكَّلا عن غَيرهما بالبَيع، فإن الحُقوقَ تَرجِعُ إلى الْمُوكِّل.

وإن أمَر الوَصِيَّ ببَيعه لهم رَجَع على الوَصِيّ، وهو عليهم.

ولو أمَر القاضِي الوصيَّ ببَيعه للغُرَماء، فباعه لهم، وقَبَض المالَ، وضاع من يَده، واستُحِقَّ العبدُ أو مات قبلَ القبضِ: رَجَع الْمُشتَرِي على الوصِيّ؛ لأن الرُّجوعَ بالثَّمَن من حُقوق العقدِ، وحُقوقُ العقدِ تَرجِعُ إلى العاقِد، والعاقِدُ هو الوصيُّ نِيابةً عن الميْت؛ لأنه وإن نَصَّبه القاضِي فإنما نَصَّبه ليَكونَ قائِمًا مَقامَ الميْتِ، لا ليَكونَ قائِمًا مَقامَ القاضِي، وحُقوقُ العقدِ تَرجِعُ إليه لو باشَر العقدَ بنَفسه في حَياته، فكذا تَرجِعُ إلى من قام مَقامَه.

ثم يَرجِعُ الوصيُّ على الغُرَماء؛ لأنه باع لهم، فكان عامِلًا لهم، ومن عَمِل لغَيره عمَلًا ولَحِقه فيه ضَمانٌ: يَرجِعُ على من وَقَع له العمَلُ.

ولو ظَهَر للمَيْت بعدَ هذا مالٌ: رَجَع الغَرِيمُ فيه بدَينه؛ لأن دَينَه لم يَصِل إليه.

وقِيل: لا يَرجِعُ بما غَرِم للوصيِّ من الثَّمَن؛ لأن الضَّمانَ وَجَب عليه بِفعله؛ لأن[1] قبْضَ الوصِيِّ كقَبضه.

والأَصَحُّ: أن يَرجِعَ؛ لأنه قَضى ذلك وهو كان مُضطَرًّا فيه.

والوارِثُ إذا احتَاج إلى بَيع شيءٍ من التَّرِكة وهو صَغيرٌ، فباعه الوصيُّ، ثم استُحِقَ: رَجَع الْمُشتَرِي بالثَّمَن على الوصِيّ، والوصيُّ على الوارِث.

ولو باعه أمينُ القاضِي: رَجَع الْمُشتَرِي على الوارِث إذا كان أهلًا، وإن لم يكن أهلًا: يُنصِّبُ القاضِي عنه من يَقضِي دَينَه[2].

---

(١) في (هـ): إلا أن.

(٢) في (ج): حقه.

فَصْلٌ

[فِي حُكْمِ قَبُولِ قَوْلِ القَاضِي بِانْفِرَادِهِ قَبْلَ العَزْلِ وَبَعْدَهُ]

قال قاضٍ عَدْلٌ عالِمٌ: (قَضَيتُ عليه بالرَّجم)، أو (بالقَطع)، أو (بالضَّرب)، (فافعَله): لك فِعلُه(م).

القاضِي إذا قال: (قَضَيتُ عليه بالرَّجم فارجُمه)، أو (بالقَطع في سَرِقةٍ فاقطَعه)، أو (بالضَّرب في الحدِّ فاضرِبه): وَسِعك أن تفعَلَ.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ آخِرًا: لا يُقبَلُ قولُه حتى يُعايِنَ الحُجّةَ[1]؛ لأن قولَ[2] القاضِي يَحتمِلُ الغلَطَ، والتَّدارُكُ لا يُمكِنُ.

وعلى قِياس هذه الرِّوايةِ: لا يُقبَلُ كِتابُ القاضِي إلى القاضِي عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وكَثيرٌ من مَشايِخنا رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ أخذوا برِواية محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في هذا وقالُوا: ما أحسَنَ هذا في زَماننا! لأن القُضاةَ قد فَسَدوا، فلا يُؤتمَنون على نُفوس النّاسِ ودِمائِهم وأموالِهم، إلا في كِتاب القاضِي إلى القاضِي، فإنهم أخَذوا فيه بظاهِر الرِّوايةِ؛ للضرورة، ولأن الخِيانةَ[3] في ذلك قلَّما تقَعُ.

وجهُ ظاهِرِ الرِّوايةِ: أن القاضِيَ أمينٌ فيما فُوِّض إليه، ونحن أُمِرنا بطاعة أُولي الأمرِ[4]، وطاعتُه في تَصدِيقه وقَبولِ قولِه، فصار قولُه بحقِّ الوِلايةِ كقَول الجَماعةِ،

---

(١) في (هـ) زيادة: أي الشهادة أو الإقرار.

(٢) في (هـ): فعل.

(٣) في (ج): الحاجة.

(٤) بقوله تعالى: ﴿أَطِيعُوا ٱللَّهَ وَأَطِيعُوا ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ﴾ [النساء: ٥٩]، وبقوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ =

فجاز الاعتِمادُ على قَوله في كلِّ بابٍ، ولذلك صار كِتابُ القاضِي إلى القاضِي حُجّةً؛ لأن إخبارَه كشَهادة شاهِدَين، فيَصِحُّ نقلُه كما يَصِحُّ من الشّاهِدَين على شَهادة شاهِدَين.

وقال الشَّيخُ الإمامُ أبو مَنصورٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن كان القاضِي عالِمًا عادِلًا يَجِبُ قَبولُ قولِه؛ لظاهِر الأمرِ وعدَمِ تُهَمةِ الخطَأِ والخِيانةِ، وإن كان عدلًا جاهِلًا: يُستفسَرُ، فإنْ أحسَن تَفسيرَه وَجَب تَصديقُه، وإلا لا، وإن كان جاهِلًا فاسِقًا، أو عالِمًا فاسِقًا: لا يُقبَلُ قولُه إلا أن يُعايِنَ سبَبَ الحُكمِ؛ لتُهَمة الخطَأِ والخِيانةِ.

قال قاضٍ عُزِل لرَجُلٍ: (أخَذتُ منك ألفًا، ودَفَعتُ إلى زيدٍ، قَضَيتُ به عليك)، فقال: (أخَذتَ ظُلمًا)، أو (قَضَيتُ بقَطع يدِك بحقٍّ): صُدِّق القاضِي.

قال قاضٍ مَعزولٌ لرَجُلٍ: (أخَذتُ منك ألفَ دِرهَمٍ، ودَفَعتُه إلى زَيدٍ، قَضَيتُ له به عليك)، فقال الْمَأخوذُ منه: (أخَذتَه ظُلمًا): فالقولُ للقاضِي، وكذا لو قال: (قَضَيتُ بقَطع يدِك بحقٍّ)، وقال: (فَعَلتَه ظُلمًا)، فالقاضِي مُصدَّقٌ بكلِّ حالٍ إذا كان الْمَأخوذُ منه مالُه أو الْمَقطوعُ يدُه مُقِرًّا أنه فَعَل ذلك وهو قاضٍ.

لأن الْمَقضيَّ عليه لَمّا أقَرَّ أنه فَعَل ذلك في حال قَضائِه صار مُعترِفًا بشَهادة الظّاهِرِ للقاضِي؛ لأن فِعلَ القاضِي على سَبيل القَضاءِ لا يُوجِبُ عليه الضَّمانَ بحالٍ، فجُعِل القولُ قولَه، ولا يَجِبُ على القاضِي في ذلك يَمينٌ؛ لأنه ثَبَت أنه فَعَل ذلك في قَضائه بتَصادُقهما، ولا يَمينَ على القاضِي؛ لأنه لو لَزِمه اليَمينُ لصار خصمًا، وقَضاءُ الخصمِ لا يَنفُذُ.

ولو أقَرَّ القاطِعُ والآخِذُ بما أقَرَّ القاضِي لم يَضمَنا أيضًا؛ لأن قولَ القاضِي حُجّةٌ، ودفْعَه صَحيحٌ، كما لو كان مُعايِنًا.

= فيما رواه الإمام أحمد (١٧١٤٢) وابن ماجه (٤٣): «وعليكم بالطاعة وإن عبدًا حبشيًا».

ولو زَعَم الْمَقطوعُ يدُه والْمَأخوذُ منه مالُه أنه لم يكن قاضِيًا يومَئذٍ، وإنما فَعَل ذلك قبلَ التَّقليدِ أو بعدَ العزلِ: فالقولُ قولُ القاضِي أيضًا في الصَّحيح؛ لأنه متى عَرَف أنه كان قاضِيًا صَحَّت إضافتُه الأخذَ إلى حالة القَضاءِ؛ لأن حالةَ القَضاءِ مَعهودةٌ، وهي مُنافِيةٌ للضَّمان، فصار القاضِي بالإضافة إلى تلك الحالةِ مُنكِرًا للضَّمان، فكان القولُ له، كما لو قال: (طَلَّقتُ -أو أعتَقتُ- وأنا مَجنونٌ)، وجُنونُه كان مَعهودًا.

ولو أقَرَّ القاطِعُ والآخِذُ في هذا الفصلِ بما أقَرَّ القاضِي: ضَمِنا؛ لأنهما أقَرّا بسَبَب الضَّمانِ، وإنما قَبِلنا قولَ القاضِي في نَفي الضَّمانِ عن نَفسه لا في إبطال الضَّمانِ عن غَيره، بخِلاف الأوَّل؛ لثُبوت فِعلِه في قَضائه بتَصادُقهما.

ولو كان المال في يَد الآخِذِ قائِمًا، وقد أقَرَّ بما أقَرَّ به القاضِي والْمَأخوذُ منه مالُه: صُدِّق القاضِي في أنه فَعَل في قَضائه، أو ادَّعى فِعلَه في غَير قَضائِه: أَخَذ الْمَقضيُّ عليه ذلك منه؛ لأنهم تَصادَقوا أن العَينَ كانت في يَد الأوَّلِ، وأن وُصولَه إلى الثّانِي من جِهَته، فيُؤمَرُ بالتَّسليم إليه؛ إعادةً لِما كان للأوَّل، والقاضِي بما قال يُريدُ إثباتَ الاستِحقاقِ للثّانِي، وليس له هذه الوِلايةُ في الحال؛ لأنه مَعزولٌ، بخِلاف ما لو كان هالِكًا؛ لأن القاضِيَ يُنكِرُ وُجوبَ الضَّمانِ، والقولُ قولُ الْمُنكِر.

فصل

[في أحكام نفاذ قضاء القاضي في المجتهد فيه]

الأصلُ: أن القاضِيَ إذا قَضى لغَيره في فصلٍ[1] مُجتهَدٍ فيه: يَنفُذُ على الكلّ، ولم يَجُز لأحدٍ إبطالُه.

وإن قَضى لمن لا تُقبَلُ شَهادتُه له -كالابن مثلًا-: كان باطِلًا، وليس للآخَر تَنفيذُه؛ لإجماع الأُمّةِ على أن قَضاءَه لنَفسه أو لابنه باطِلٌ، فكان تَنفيذُ الثّاني مُخالِفًا للإجماع.

ولو وَقَع صُورةُ القَضاءِ للأجنبيِّ وفيه قَضاءٌ لنَفسه: لا يَنفُذُ، ويَتوقَّفُ على الإمضاء؛ لأنه مُجتهَدٌ فيه، فإن أَمضاه نَفَذ، وإلا لا.

مات والقاضِي مَديونُه، فشَهِدا أنه[2] وَصِيُّه، فقُضِي، ثم أدّى: نَفَذ، وبَرِئ، ولو عُكِس: لا، كالشَّهادة، والبُنُوّةِ.

رَجُلٌ مات والقاضِي مَديونُه، فشَهِد رَجُلان لرَجُلٍ أن الميْتَ أَوصى إليه، فقَضى بوِصايته: نَفَذ، فإن أدّى دَينَه إليه بَرِئ، ولو عَكَس لا، أي: لو قَضى الدَّينَ أوَّلًا، ثم قَضى بالوِصاية: لا يَنفُذُ ولا يَبرأ؛ لأنه يُريدُ تَصحيحَ أدائِه، فكان قَضاءً لنَفسه، كالشَّهادة، أي: القاضِي صَلَح شاهِدًا في الفَصل الأوَّلِ دونَ الثّانِي.

والبُنُوّةِ[3]، أي: لو ادَّعى رَجُلٌ أنه ابنُ الميْتِ، فقَضى به، وقَضاه الدَّينَ الذي عليه:

---

(١) مثبتة من (هـ).

(٢) في (ن): فشهد أنه.

(٣) أي ولو قضى القاضي بالبنوة..

بَرِئت ذِمّتُه، ونَفَذ قَضاؤُه، ولو قَضى الدَّينَ أوَّلًا، ثم قَضى له بالبُنُوّة: لم يَنفُذ.

ولو ادَّعى وَكالةً عن غائِبٍ، فقُضِي، فأدّى: لا يَنفُذُ ما لم يُنفَّذ، وبعَكسه لا، وإن نُفِّذ، كقَضاء عبدٍ، وصَبِيٍّ، وكافِرٍ على مُسلِمٍ.

ولو غاب ربُّ الدَّينِ، فادَّعى رَجُلٌ أنه وَكيلُه بقَبض دَينِه، وأَقام البيِّنَةَ على ذلك، فقَضى بوَكالته، ثم أدّى الدَّينَ إليه: لا يَنفُذُ ولا يَبرأُ؛ لأنه لو شَهِد بها لا تُقبَلُ.

فإن رُفِع إلى قاضٍ آخَر، فأَمضاه: نَفَذ، ولم يكن لأحدٍ أن يَرُدَّه بعدَه؛ لأن قَضاءَ الثّاني صادَف محَلًّا ساغ فيه الاجتِهادُ؛ إذ الوَكالةُ كالوِصاية من حيث إن كلَّ واحِدةٍ منهما إقامةُ الغيرِ مُقامَ نفسِه، ولهذا لو قال: (أنت وَكيلي بعدَ مَوتي) يَكونُ إيصاءً.

وبعَكسه لا يَنفُذُ وإن نُفِّذ، أي: لو أدّى الدَّينَ، ثم قَضى بالوَكالة: لا يَنفُذ وإن نَفَّذ غيرُه؛ لأنه لم يُصادِف محَلَّ الاجتِهادِ؛ لأن قَضاءَه لنَفسه باطِلٌ بالإجماع، كقَضاء عبدٍ وصبيٍّ وكافِرٍ على مُسلِمٍ، فإنه لا يَنفُذُ أبدًا.

ونَفَذ قَضاءُ مَن حُدَّ(ف) لقذفٍ وتاب، والأعمى(ك).. بتَنفيذه، كالقَضاء لامرَأته، وقَضائِها بحدٍّ وقِصاصٍ.

ونَفَذ قَضاءُ مَن حُدَّ لقذف وتاب، والأَعمى بالتَّنفيذ؛ لأن قَضاءَهما مُختلَفٌ فيه، ففي الأوَّل خِلافُ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وفي الثّاني خِلافُ مالِكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وكذا لو قَضى لامرَأته بشَهادة عَدْلَين: يَتوقَّفُ على التَّنفيذ؛ لأن القَضاءَ مُختلَفٌ فيه كالشَّهادة.

وكذا لو قَضت امرَأةٌ بحدٍّ وقَوَدٍ: يَتوقَّف على التَّنفيذ؛ للاختِلاف في نَفس القَضاءِ، فإن شُرَيحًا يُجوِّزُ شَهادتَها في الحُدود والقِصاصِ.

والقَضاءُ بشَهادة مَحدودٍ نافِذٌ، ورُدَّ ردُّه، كالقَضاء بشَهادة زوجِها، وبحدٍّ وقِصاصٍ بشَهادتها.

ولو قَضى بشَهادة مَحدودٍ في قذفٍ قد تاب: نَفَّذه الثّاني، ولو أبطَله: نَفَّذه الثّالثُ؛ لأنه قَضى في مُجتهَدٍ فيه، كما لو قَضى لامرَأةٍ بشَهادة زَوجِها، أو بحدٍّ أو قِصاصٍ بشَهادتها.

شَهِدا أنه طَلَّق ثَلاثًا، وقد وَطِئ: مُنِع منها، ولم يُخرِجها، وجُعِل عليها أمينةٌ نَفَقتُها[١] في بَيت المالِ، ولها نَفَقةُ العِدّةِ مُدّةَ التَّزكِيةِ، فإن فُرِّق لا تَرُدُّ، وإلا تَرُدُّ.

شَهِدا على رَجُلٍ أنه طَلَّق امرَأتَه ثَلاثًا، وقد وَطِئها: مُنِع الزَّوجُ من الخَلوة بها؛ حتى لا يَقَعَ في الحَرام، ولم يُخرِجها من مَنزِلها الذي يُضافُ إليها بالسُّكنى؛ لأنها مَنكوحتُه أو مُعتدّتُه.

وجَعَل القاضِي معها أمينةً، ونَفَقةُ الأمينةِ في بَيت المالِ؛ لأنها بالحَيلولة عامِلةٌ لله تَعالى.

ولها نَفَقةُ العِدّةِ مُدّةَ التَّزكيةِ، ولا تَجِبُ الزِّيادةُ على نَفَقة العِدّةِ إن[٢] طالت مُدّةُ مَسألةِ الشُّهودِ؛ لأنها إن كانت مُطلَّقةً فقد مَضت عِدّتُها، وإن كانت مَنكوحةً فهي مَمنوعةٌ عن الزَّوج لا لِمَعنًى من قِبَله، فلا تَستحِقُّ النَّفَقةَ.

فإن زُكِّيت وفُرِّق: لا تَرُدُّ النَّفَقةَ؛ لأنها أخَذت نَفَقةَ العِدّةِ، وقد ظَهَر أنها كانت مُعتدّةً، وإن لم تُزكَّ: تَرُدُّ على الزَّوج ما أخَذت من النَّفَقة مُدّةَ المَسألةِ عن الشُّهود؛ لأنه ظَهَر أنها أخَذت بغَير حقٍّ؛ لأنها أخَذت حالَ كونِها مَمنوعةً عن الزَّوج لا لِمَعنًى من قِبَله.

---

(١) في (ف): ونفقتها.

(٢) في (ب): وإن.

وخَلّى بينَه وبينَ امرَأتِه؛ لأنه لم يَثبُت الطَّلاقُ.

شَهِدا بعَتق أمتِه: تُوضَعُ عندَ أمينةٍ حتى تُزكّى، ولها النَّفَقةُ، فإن زُكِّيَت رَجَع، كما لو أكَلت في بَيته بلا إذنه.

ولو شَهِدا بعَتق أمتِه تُوضَعُ عندَ أمينةٍ حتى تَظهَرَ عَدالةُ الشُّهودِ، ولها النَّفَقةُ مُدّةَ الْمَسألةِ؛ لأنها وَجَبت بالْمِلك، وهو قائِمٌ، ما لم يُقضَ بالحُرِّيّة.

فإن زُكِّيت: رَجَع عليها بما أنفَق؛ لأنه تَبيَّن أنها كانت حُرّةً وأخَذت النَّفَقةَ بلا حقٍّ، كما لو أكَلت في بَيته بلا إذنه، ثم ظَهَرت الحُرِّيّةُ الأصليّةُ: رَجَع عليها، وإن أكَلت بإذنه لا يَرجِعُ؛ لأنه أَباح لها الأكلَ.

وكذا إن شَهِدا بها لرَجُلٍ.

ويُنفِقُ ذُو اليدِ، ولم يَرجِع (س م).

وكذا إن شَهِدا بها[1] لرَجُلٍ: تُوضَعُ على يَد عَدْلةٍ، ويُنفِقُ ذو اليدِ؛ لقِيام الْمِلكِ له، فإن زُكِّيت: لم يَرجِع بما أنفَق على أحدٍ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ.

أما على الْمُدَّعي: فلأنه أنفَق على أمَته بلا إذنه.

وأما على الأمَة: فلأنه لَمّا ظَهَرت العَدالةُ تَبيَّن أنها كانت مَغصوبةً في يَد الْمُدَّعى عليه، وجِنايةُ الْمَغصوبِ على الغاصِب هَدَرٌ عندَه.

ولو عبدًا، أو دابّةً: لا تُوضَعُ، ولا يُؤمَرُ بالنَّفَقة.

ولو كان الْمُدَّعىٰ عبدًا أو دابّةً: لم يُوضَع على يَد عَدْلٍ مُدّةَ التَّزكيةِ؛ لأن الوضعَ

---

(١) في سوى (أ): شهد أنها.

في الأَمة[1] إنما كان تَعظيمًا لأَمر الفرجِ حقًّا لله تَعالى، ولم يُوجَد هنا، إلا إذا كان مُتَّهَمًا بالفَساد.

ولا يُؤمَرُ بالنَّفَقة، ولكن يُؤخَذُ كَفيلٌ بنَفسه وبالْمُدَّعى؛ لأن إحضارَه شرطٌ، واللهُ تَعالى أعلَمُ.

(١) في (هـ): الأمينة.

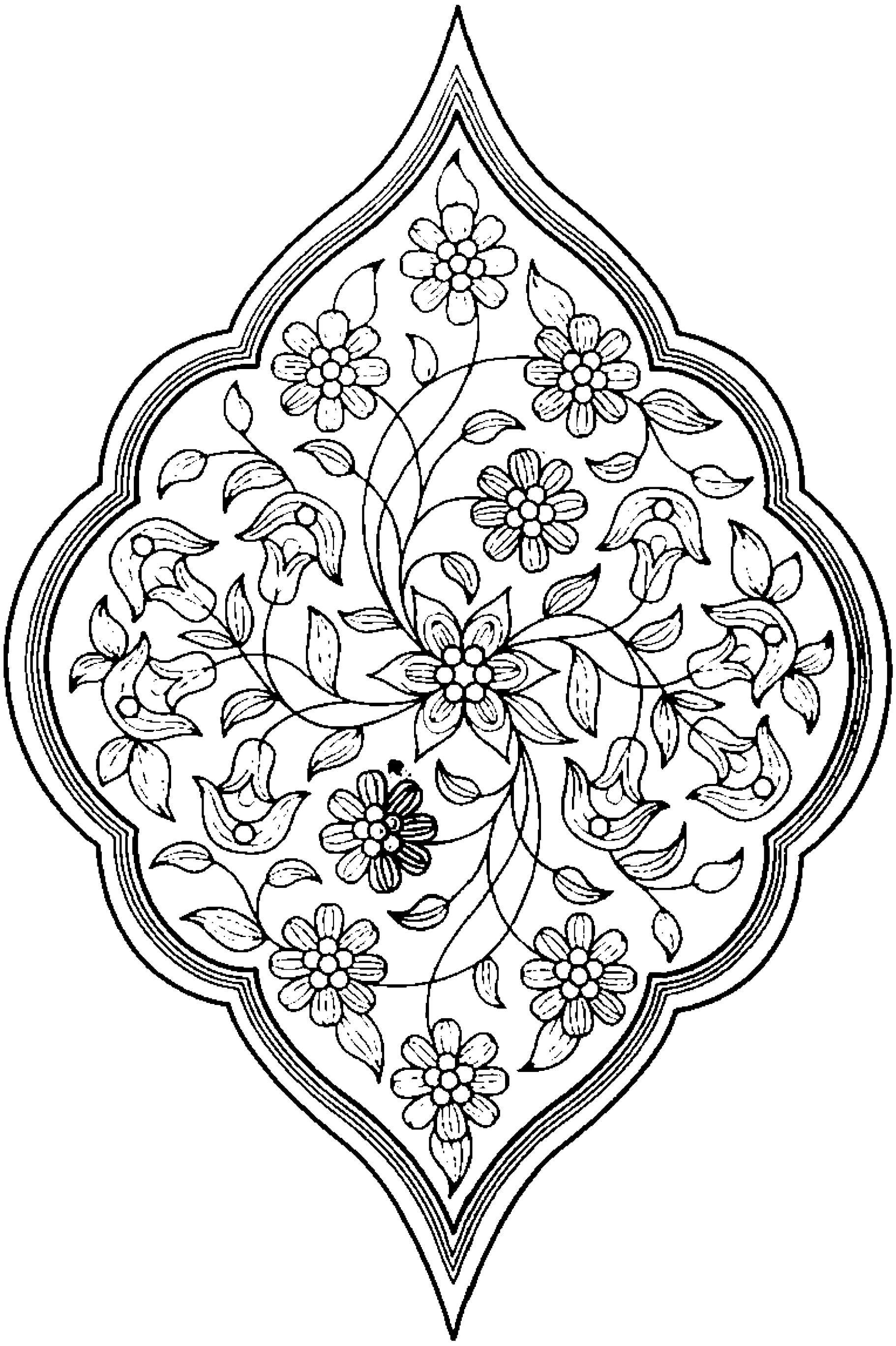
النفقة بلا

أقلت

مقصورة في يد المدعي

منه التركة لأن الوصي

كِتَابُ الشَّهَادَة



كِتَابُ الشَّهَادَةِ[1]

كِتابُ الشَّهادةِ[2]

هي: الإخبارُ بالشَّيء عن مُشاهَدةٍ وعِيانٍ، لا عن تَخمينٍ وحِسبانٍ.

وإليه الإشارةُ الْمُصطفَويّةُ بقَوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ[3]: «إذا رأيتَ مِثلَ الشَّمسِ فاشهَد، وإلا فدَعْ»[4].

(١) في (هـ): الشهادات.

(٢) في (س): الشهادات.

والشهادة في اللغة: الإخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعِيان، لا عن تخمين وحِسبان، بحق على آخر. فعلى هذا قالوا: إنها مشتقة من المشاهدة التي تنبئ عن المعاينة، وقيل: هي مشتقة من الشهود بمعنى الحضور، لأن الشاهد يحضر مجلس القضاء للأداء، فسمي الحاضر شاهدًا، وأداؤه شهادة.

وهي في الشريعة: عبارة عن إخبار بتصديق، مشروطًا فيه مجلس القضاء ولفظة الشهادة.

وفي «الصحاح»: وقولهم أشهد بكذا: أحلف، وشهد له بكذا شهادة: أي أدى ما عنده من الشهادة، فهو شاهد، والجمع شَهْد، مثل صاحب وصَحْب، وسافر وسَفْر، وجمع الشَّهْد: شهود وأشهاد. «الأنيس» ص٨٧.

الشهادة: هي في الشريعة إخبار عن عيان، بلفظ الشهادة، في مجلس القاضي، بحق للغير على آخر.

فالإخبارات ثلاثة: إما بحق للغير على آخر، وهو الشهادة، وإما بحق للمخبر على آخر، وهو الدعوى، أو بالعكس، وهو الإقرار. «التعريفات» ص١٢٩.

(٣) قوله: (بقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) مثبت من (هـ).

(٤) رواه بلفظ قريب: الحاكم (٧٠٤٥)، والبيهقي (٢٠٥٧٩).

والقِياسُ يَأبى كونَ الشَّهادةِ حُجَّةً مُلزِمةً؛ لأنه خبرٌ مُحتمِلٌ للصِّدق والكذِبِ، والمُحتمِلُ لا يَكونُ حُجَّةً مُلزِمةً، ولكن تَركنا القِياسَ بالنُّصوص والإجماعِ.

فُرِض بالطَّلَب.

ثم الشَّهادةُ فرضٌ يَلزَمُ الشُّهودَ، ولا يَسعُهم كِتمانُها إذا طالَبهم المُدَّعي؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقولِه: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَـٰدَةَ ۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، فخُصَّ القلبُ وإن كانت الجُملةُ(١) آثِمةً: لأنه رَئيسُ الأعضاءِ، والمُضغةُ التي إن صَلَحت صَلَح الجسَدُ كلُّه، وإن فَسَدت فَسَد الجسَدُ كلُّه، فكأنه قِيل: قد تَمكَّن الإثمُ في أَصله، ومَلَك(٢) أشرَفَ شيءٍ منه.

ولأن أفعالَ القُلوبِ أعظَمُ من أَفعال سائِرِ الجَوارِحِ، فأصلُ الحسَناتِ والسَّيِّئاتِ الإيمانُ والكُفرُ، وهما من أَفعال القُلوبِ، فإذا جُعِل كِتمانُ الشَّهادةِ من آثام القُلوبِ فبان أنه من أعظَم الذُّنوبِ.

وإنما شُرِط طلَبُ المُدَّعِي: لأنها حقُّه، فيُشترَطُ طلَبُه، كما في سائِر الحُقوقِ.

وسَترُها في الحُدود أَحبُّ.

والشَّهادةُ في الحُدود يُخيَّرُ فيها الشّاهدُ بينَ السِّرِّ والإعلانِ؛ لتَردُّده بينَ حِسبةِ إقامةِ الحدِّ وبينَ حِسبةِ السَّتر، والسَّترُ أفضَلُ؛ لقَوله تَعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلْفَـٰحِشَةُ فِى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْـَٔاخِرَةِ﴾ [النور: ١٩]، وقولِه عَلَيهِ الصَّلاةُ والسَّلامُ: «من سَتَر على مُسلِمٍ سَتَره اللهُ تَعالى في الدُّنيا والآخِرةِ»(٣)، وقال عَلَيهِ الصَّلاةُ والسَّلامُ للذي شَهِد

(١) أي جملة أعضاء الإنسان.

(٢) في (هـ): وذلك.

(٣) قال الحافظ في «الدراية» ٢/ ١٧١: متفق عليه. اهـ. وهو بألفاظ قريبة عند البخاري (٢٤٤٢)، =

عندَه: «لو سَتَرتَه بثَوبك لكان[1] خيرًا لك»[2].

وتَلقينُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ الدَّرءَ بقَوله: «لعلَّك لَمستَها أو قَبَّلتَها»[3]: آيةٌ ظاهِرةٌ على رُجحان السَّترِ.

ويَقولُ في السَّرِقة: (أخَذ)، لا: (سَرَق).

إلا أنه يَجِبُ أن يَشهَدَ بالمال في السَّرِقة فيَقولَ: (أخَذ)، ولا يَقولُ: (سَرَق)؛ إحياءً لحقِّ الْمَسروقِ منه ورِعايةً لجانِبِ السَّترِ؛ وهذا لأن القطعَ والضَّمانَ لا يَجتمِعان، وفي شَهادته بالسَّرِقة إبطالَ حقِّ العبدِ وتركَ السَّترِ، وفي شَهادته بالأَخذ رِعايةَ حقِّ العبدِ ومُحافَظةَ السَّترِ[4].

وشُرِط للزِّنى: أربَعةُ رِجالٍ.

والشَّهادةُ على مَراتِبَ..

منها: الشَّهادةُ في الزِّنى، يُشترَطُ فيها أربَعةُ رِجالٍ؛ لقَوله تَعالى: ﴿لَّوۡلَا جَآءُو عَلَيۡهِ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَۚ﴾[النور:١٣]، ﴿ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾[النور:٤]، ﴿فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةً

= ومسلم (٢٦٩٩).

(١) في (ج): كان.

(٢) رواه الإمام أحمد (٢١٨٩٢)، وأبو داود (٤٣٧٧)، والنسائي في «الكبرى» (٧٢٣٤)، وانظر «نصب الراية» ٣/ ٣٠٧، وفيه: الذي قال له النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هذا القول لم يشهد عنده بشيء، ولكنه حمل ماعزًا على أن اعترف عند النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالزنى.

(٣) رواه الحاكم (٨٠٧٧) بلفظ: «لعلك قبلتها» قال: لا، قال النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «فمسستها؟».

وهو عند البخاري (٦٨٢٤) بلفظ: «لعلك قبلت، أو غمزت، أو نظرت»، والدارقطني (٣٢٢٥) بلفظ: «لعلك قبلت، لعلك لمست».

(٤) في (هـ): ومحافظة على الستر.

مِنكُمْ﴾ [النِّساء: ١٥]، وليس فيها مَعنًى سِوى أن اللهَ تَعالى يُحِبُّ السَّترَ على عِباده، ولا يَرضى بإشاعة الفاحِشةِ.

فإن قِيل: في هذه النُّصوصِ بَيانُ جَوازِ العمَلِ بهذا العدَدِ، وليس فيها بَيانُ نفيِ ذلك بدون العدَدِ.

قُلنا: المَقاديرُ في الشَّرع لِمَنع[1] الزِّيادةِ أو النُّقصانِ، أو لِمَنعهما[2]، وهذا التَّقديرُ لا يَمنَعُ الزِّيادةَ، فلو لم يُفِد منعَ النُّقصانِ لم يَبقَ[3] لهذا التَّقديرِ فائِدةٌ.

ولأن هذه قضِيّةٌ مُتلقّاةٌ من جِهة الشَّرعِ، فنَنتَهي إلى ما أنهانا إليه الشَّرعُ.

ولا تُقبَلُ فيها شَهادةُ النِّساءِ؛ لحَديث الزُّهريِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: مَضت السُّنّةُ من لَدُن رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والخَليفتَين مِن بعدِه: أنْ لا شَهادةَ للنِّساء في الحُدود والقِصاصِ[4].

ولأن فيها شُبهةَ البَدَليّةِ؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البَقرَة: ٢٨٢]، شَرَع شَهادةَ رَجُلٍ وامرأتَين عندَ عدمِ شَهادةِ رَجُلَين، وهذه آيةُ البَدَليّةِ، فإذا لم تَثبُت البَدَليّةِ لقَبول شَهادتِهنَّ مع وُجودِ الرِّجالِ فلا يَتقاعَدُ عن إيراث شُبهةِ البَدَليّةِ، وحَقيقةُ البَدَليّةِ تَمنَعُ القَضاءَ فيما يَسقُطُ بالشُّبُهات، كالحدُود والقِصاصِ، كالشَّهادة على الشَّهادة، فشُبهتُه أيضًا تَمنَعُ؛ لأن الشُّبهةَ فيها كالحَقيقة.

---

(١) في (هـ): تمنع.

(٢) في (هـ): تمنعهما.

(٣) في (ج) و(د): لم يكن.

(٤) رواه عبد الرزاق (١٥٤٢٧)، وابن أبي شيبة (٢٠٧٠٨).

ولبقِيّة الحُدودِ والقِصاصِ: رَجُلان.

ومنها: الشَّهادةُ ببقِيّة الحُدودِ والقِصاصِ، تُشترَطُ فيها شَهادةُ رَجُلَين؛ لقَوله تَعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البَقَرَة: ٢٨٢]، ولا تُقبَلُ فيها شَهادةُ النِّساءِ؛ لِما بَيَّنَّا من الحَديث والْمَعقولِ.

وللوِلادة، والبَكارةِ، وعُيوبِ النِّساءِ فيما لا يَطَّلِعُ عليه رَجُلٌ: امرَأةٌ(ك).

وشُرِط للوِلادة، والبَكارةِ، والعُيوبِ بالنِّساء في مَوضِعٍ لا يَطَّلِعُ عليه الرِّجالُ: شَهادةُ امرَأةٍ واحِدةٍ؛ لقَوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «شَهادةُ النِّساءِ جائِزةٌ فيما لا يَستَطيعُ الرِّجالُ النَّظَرَ إليه»[1]، والألِفُ واللّامُ إذا دَخَلتا على الجَمع جَعَلَتاه للجِنس إذا لم يكن ثَمَّ مَعهودٌ، والكلُّ ليس بمُرادٍ قطعًا، فيُرادُ به الأقلُّ ضَرورةً؛ لبُطلان العدَدِ بواسِطة الجِنسيّةِ.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُشترَطُ الأربَعُ؛ لأن الْمَرأتَين قامتا مَقامَ رَجُلٍ واحِدٍ.

وعندَ مالِكٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُعتبَرُ امرَأتان؛ لأنه سَقَط اعتِبارُ صِفةِ الذُّكورةِ للعُذر، فبَقِي العدَدُ مُعتبَرًا.

ولنا: أن صِفةَ الذُّكورةِ إنما سَقَطت ليَخِفَّ النَّظَرُ؛ إذ النَّظَرُ إلى العَورة حَرامٌ، إلا أنّا اعتبَرنا نظَرَ جِنسِها: لأن نظَرَ الْمَرأةِ إلى عَورة الْمَرأةِ أخَفُّ؛ لأن شَهوتَهنَّ إليهنَّ أقَلُّ من نَظَرِ الرَّجُلِ إلى عَورتها، فلذا[2] يَسقُطُ اعتِبارُ العدَدِ؛ لأن نظَرَ الواحِدةِ أخَفُّ من نَظَر

(١) قال في «نصب الراية» ٣/ ٢٦٤: غريب، وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» في البيوع (٢٠٧٠٨): عن الزهري، قال: مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن، ويجوز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال، وامرأتان فيما سوى ذلك. انتهى، ورواه عبد الرزاق في «مصنفه» (١٥٤٢٧).

(٢) في (أ): فكذا، وفي (ب): وكذا.

الجَماعةِ، والثِّنتان والثَّلاثُ أحوَطُ؛ لزِيادة طُمَأنينةِ القلبِ.

ثم حُكمُها في الوِلادة مَرَّ في الطَّلاق..

وأما حُكمُ البَكارةِ: فإن شَهِدْنَ أنها بِكرٌ: تُؤجَّلُ في العِنِّين، ويُفرَّقُ بعدَه؛ لأنها تأَيَّدت بمُؤيِّدٍ؛ لأن البَكارةَ أصلٌ في النِّساء.

وكذا في ردِّ البيعِ[1] إذا اشتَراها بشَرط أنها بِكرٌ.

وإن قُلنَ: (إنها ثَيِّبٌ): يُحلَّفُ البائِعُ؛ ليَنضَمَّ نُكولُه إلى قَولهنّ، والعَيبُ يَثبُتُ بقَولهنّ، فيُحلَّفُ البائِعُ بالله إنها لبِكرٌ كما تَقولُ.. إن كان قبلَ القبضِ، وإن كان بعدَ القبضِ: بالله لقد سَلَّمتُها وهي بِكرٌ.

وأما شَهادتُهنَّ على استِهلال الصَّبيِّ: فلا تُقبَلُ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ في حقِّ الإرثِ؛ لأنه صَوتٌ عندَ الوِلادةِ، وهو مما يَطَّلِعُ عليه الرِّجالُ، وتُقبَلُ في حقِّ الصَّلاةِ عليه؛ لأنه من أُمور الدِّينِ، وخبَرُ الْمَرأةِ الواحِدةِ حُجّةٌ في ذلك، كشَهادتها على هِلال رَمَضانَ.

وعندَهما: تُقبَلُ في حقِّ الإرثِ أيضًا؛ لأن الرِّجالَ لا يَحضُرون ذلك الْمَوضِعَ ليَسمَعوا صَوتَه، فصارت كشَهادتهنَّ على نَفس الوِلادةِ.

وذَكَر في «الإيضاح» و«الْمُستزادِ[2]»: تُقبَلُ شَهادةُ رَجُلٍ واحِدٍ على الوِلادة؛ لأنه إذا جاز قَبولُ شَهادةِ امرَأةٍ واحِدةٍ فأَولى أن تُقبَلَ شَهادةُ رَجُلٍ.

ولغَيرِها[ف]: رَجُلان، أو رَجُلٌ وامرَأتان.

ولغَيرها من الحُقوق: شُرِط شَهادةُ رَجُلَين، أو رَجُلٍ وامرَأتَين، سَواءٌ كان الحقُّ مالًا أو غيرَ مالٍ، كالنِّكاح، والطَّلاقِ، والعَتاقِ، والإيداعِ، والوَكالةِ، والوصِيّةِ، والرَّجعةِ،

(١) في (د) و(هـ): المبيع.

(٢) في (د): والمراد.

ونحوِ ذلك.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تُقبَلُ شَهادةُ النِّساءِ مع الرِّجالِ إلا في الأَموال وتَوابِعِها، كالأجَل وشرطِ الخِيارِ؛ لأن الأصلَ فيها عدَمُ القَبولِ؛ لكَونها حُجّةً ضَروريّةً؛ إذ الحُكمُ نُقِل إليها بشَرط عدَمِ الرِّجالِ، كما نُقِل أمرُ الطَّهارةِ إلى التَّيمُّم عندَ عدَمِ الماءِ.

ولأنه قد تمكَّن الخلَلُ فيما هو شرطُ صِحّةِ الشَّهادةِ، وهو **العقلُ**، قال صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إنهنَّ ناقِصاتُ العقلِ والدِّينِ»[1]، **والضَّبطُ**؛ لغَلَبة النِّسيانِ عليهنّ، ولهذا تَقومُ الثِّنتان مَقامَ الرَّجُلِ الواحِدِ، حتى إذا نَسِيَت إحداهما ذَكَّرتها الأُخرى، كما نَطَق به النَّصُّ[2]، **والوِلايةُ**، ولهذا لا تَصلُحُ للإمارة.

ولا تُقبَلُ في العُقوبات.

ولا تُقبَلُ شَهادةُ الأربَعِ منهنَّ وحدَهنّ، وإنما قَبِلناها في الأَموال: لهَوانها وكَثرةِ وُقوعِ أسبابِها ضَرورةً؛ لأنه يَلحَقُهم[3] الحرَجُ بإشهاد رَجُلَين في كلِّ حادِثةٍ، ولا ضَرورةَ في النِّكاح؛ لأنه أقلُّ وُقوعًا، وهو أعظَمُ خطَرًا.

ولنا: ما رُوِي أن عمرَ وعليًّا رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا أَجازا شَهادةَ النِّساءِ مع الرِّجالِ في النِّكاح والفُرقةِ[4].

---

(١) رواه البخاري (٣٠٤)، ومسلم (٧٩) بلفظ: «وما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لذي لب منكن». ورواه ابن حبان (٣٣٢٣) بلفظ قريب للمصنف وهو: «ما من ناقصات العقل والدين أغلب على الرجال ذوي الأمر على أمرهم من النساء».

(٢) أي في قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

(٣) في (د): لا يلحقهم.

(٤) إجازة سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه رواها الإمام محمد في «الموطأ» (٥٣٥)، و«الحجة =

ولأنها حُجَّةٌ أصليّةٌ لا ضَروريّةٌ، والأصلُ فيها القَبولُ؛ لوُجود ما تُبتنى عليه أهلِيّةُ الشَّهادةِ، وهو المعايَنةُ، فبها يَحصُلُ العِلمُ للشّاهِد، والضَّبطُ، وهو حُسنُ السَّماعِ والفهمِ، والحِفظُ إلى وَقت الأداءِ، فبه يَبقى، والأداءُ، فبه[1] يَحصُلُ العِلمُ للقاضِي، ولهذا يُقبَلُ إخبارُها في الأخبار.

ونُقصانُ الضَّبطِ بغَلَبة النِّسيانِ انجَبَر بضمِّ امرَأةٍ أُخرى إليها، والنُّقصانُ إذا انجَبَر صار كأن لم يكن، إلا أن[2] سببَ النُّقصانِ -وهو الأُنوثةُ- قائِمٌ، فيُورِثُ شُبهةً، وفيها شُبهةُ البَدَليّةِ أيضًا، فلا تُقبَلُ فيما يَسقُطُ بالشُّبُهات، وهذه الحُقوقُ تَثبُتُ مع الشُّبُهاتِ؛ ألا تَرى أنها تَثبُتُ مع الهَزْلِ الذي لا يَثبُتُ به المالُ؛ فلأَن تَثبُتَ بما يَثبُتُ به المالُ أحَقُّ.

وإنما لم تُقبَل شَهادةُ الأربَعِ منهنَّ على خِلاف القِياسِ: لِما فيه من زِيادة كشفِهنَّ وكَثرةِ خُروجهنّ.

وللكلّ: لفظُ الشَّهادةِ، والعَدالةُ المَسؤولُ(ح) عنها.

وشُرِط للكلِّ:

لفظُ الشَّهادةِ؛ لأن النُّصوصَ وَرَدت بهذه اللَّفظةِ[3]، وجَوازُ الحُكمِ بالشَّهادة[4]

= على أهل المدينة» ٣/ ٢٣٠، و«الأصل» ١٠/ ٢١١، وعبد الرزاق (١٥٤١٦) في إجازة النكاح، وأما إجازة سيدنا عليّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: فقد ورد في «مصنف» عبد الرزاق (١٥٤٠٥) منعها.

(١) في (ب) و(ج) غير منقوطة، وفي (هـ): فيه.

(٢) في (ب): لأن.

(٣) كقوله تعالى في الملاعنة: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝ وَٱلۡخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعۡنَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ۝ وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ أَن تَشۡهَدَ أَرۡبَعَ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ۝ وَٱلۡخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾ [النور: ٦ - ٩].

(٤) في (هـ): بهذه الشهادة.

بخِلاف القِياسِ، فيُقتصَرُ على مَورِد النَّصّ، والنَّصُّ وَرَد بهذه اللَّفظةِ، فيتقيَّدُ بها.

ولأن فيها زِيادةَ تَأكيدٍ؛ لأن فيها مَعنى الحَلِفِ، فإنه لو قال: (أشهَدُ أن لا أفعَلَ كذا) يَكونُ يَمينًا، وفي اليَمين مَعنى التَّأكيدِ؛ إذ الحالِفُ يَتقوّى بيَمينه على تَحقيق ما قَرَنه بها من تَحصِيل فِعلٍ أو تركِه، وإذا كان كذلك كان الامتِناعُ عن الكَذِب بهذه اللَّفظةِ أشدَّ، فلا يُلحَقُ بها غيرُها، حتى لو لم يَذكُر الشّاهدُ لفظَ الشَّهادةِ، وقال: (أعلَم)، أو (أتيقَّنُ): لم تُقبَل شَهادتُه.

والعَدالةُ؛ لقَوله تَعالى: ﴿مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البَقرَة: ٢٨٢]، والْمَرضيُّ هو العَدْلُ، وقولِه: ﴿وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٍ مِّنكُمۡ﴾ [الطَّلَاق: ٢].

ولأن الخبَرَ يَحتمِلُ الصِّدقَ والكَذِبَ، والحُجّةُ خبَرٌ هو صِدقٌ، وبالعَدالة تَترجَّحُ جِهةُ الصِّدقِ، وهي الانزِجارُ عن مَحظُورات دِينِه؛ إذ من ارتكَب غيرَ الكَذِبِ من الْمَحظورات فقد يَرتكِبُ الكَذِبَ أيضًا.

وهي شرطُ العمَلِ بالشَّهادة لا شرطُ أهلِيّةِ الشَّهادةِ؛ لأن الفاسِقَ أهلُ الوِلايةِ، والقَضاءِ، والسَّلطَنةِ، والإمامةِ[1]، والشَّهادةِ.. عندَنا.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الفاسِقَ إذا كان وَجيهًا في النّاس ذا مُروءةٍ تُقبَلُ شَهادتُه؛ لأنه لا تَتمكَّنُ تُهمةُ الكَذِبِ في شَهادته، فلوَجاهته لا يَتجاسَرُ أحدٌ على استِئجاره لأَداء الشَّهادةِ، ولِمُروءته يَمتنِعُ عن الكَذِب من غَير مَنفَعةٍ له في ذلك.

والأَصَحُّ: أن شَهادتَه لا تُقبَلُ؛ لأن قَبولَ الشَّهادةِ لإكرام الشّاهِد، قال صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ: «أكرِموا الشُّهودَ؛ فإن الله تَعالى يُحيي الحُقوقَ بهم»[2]، وفي حقِّ الفاسِقِ أُمِرنا بخِلافه،

---

(١) في (د) و(هـ): والأمانة.

(٢) رواه القضاعي (٧٣٢)، والشجري في «ترتيب الأمالي الخميسية» (٢٦٣٦)، وابن الفراء في=

قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذا لَقِيتَ الفاسِقَ فالْقَه بوجهٍ مُكفهِرٍّ»[1]، ومن يَكونُ مُعلِنًا للفِسق فلا مُروءةَ له شرعًا، فلهذا لا تُقبَلُ شَهادتُه، إلا أن القاضِيَ لو قَضى بشَهادته يَصِحُّ عندَنا.

وقولُه: (للكلّ): يَرجِعُ إلى جَميع ما تَقدَّم، حتى يُشترَطُ لفظُ الشَّهادةِ والعَدالةُ في شَهادة النِّساءِ في الوِلادة وغيرِها في الصَّحيح؛ لأن النَّصَّ وَرَد بلَفظ الشَّهادةِ، ولأن فيها مَعنى الإلزامِ؛ لاختِصاصها بمَجلِس القَضاءِ، واشتِراطِ الحُرِّيّةِ والإسلامِ.

ولا بُد أن يَسألَ عن الشُّهود في السِّرِّ والعَلانيَةِ في سائِر الحُقوقِ عندَ أبي يوسف ومحمدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

وعندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: يَقتصِرُ الحاكِمُ على ظاهِر العَدالةِ في الْمُسلِم، ولا يَسألُ عن الشّاهِدَين حتى يَطعَنَ الْمَشهودُ عليه فيهما، فإن طَعَن فيهما سَأل عنهما في السِّرّ وزَكّاهما في العَلانِيَة، إلا في الحُدود والقِصاصِ، فإنه يَسألُ في السِّرّ ويُزكِّي في العَلانِيَة فيهما بالإجماع، طَعَن الخصمُ أو لم يَطعُن، وعندَهما: يَسألُ في الكلّ، طَعَن الخصمُ

= «أماليه» (١٤)، والعقيلي في «الضعفاء» ١/ ٦٤، والخطيب في «تاريخ بغداد» ٧/ ٦٠، وابن عساكر في «تاريخه» ٥/ ٢١٦، والديلمي (١٩٥). جميعهم بلفظ الاستخراج بدل الإحياء.

(١) روي مرفوعًا وموقوفًا، أما المرفوع فقد رواه ابن الشجري في «ترتيب الأمالي الخميسية» (٢٥٩٤) بلفظ: «القوا أهل المعاصي بالوجوه المكفهرة»، ورواه موقوفًا على ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: الطبراني (٨٥٨٠) بلفظ: «إذا لقيت الفاجر فالقه بوجه مكفهر»، والديلمي في «الفردوس» (٢٣٢٠) بلفظ: (تقربوا إلى الله عَزَّ وَجَلَّ ببغض أهل المعاصي، والقوهم بوجوه مكفهرة، والتمسوا رضا الله بسخطهم، وتقربوا إلى الله بالتباعد منهم). وعزاه في «كنز العمال» (٥٥٨٥) إلى ابن شاهين في «الأفراد» عن ابن مسعود.

وروى البيهقي في «الشعب» (٨٩٢٥) عن عبد الله قال: لما نزلت ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ جَٰهِدِ ٱلْكُفَّارَ وَٱلْمُنَٰفِقِينَ وَٱغْلُظْ عَلَيْهِمْ﴾: أمر رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يجاهد بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فعليه بوجه مكفهر.

أو لم يَطعُن.

ثم قِيل: هذا اختِلافُ عصرٍ وزَمانٍ؛ لأنه أَفتى في القَرن الثّالثِ الذين شَهِد لهم النَّبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالخَيريّة بقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «خيرُ القُرونِ قَرني الذي أنا فيهم، ثم الذين يَلُونهم، ثم الذين يَلُونهم، ثم يَفشو الكَذِبُ حتى يَحلِفَ الرَّجُل قبلَ أن يُستحلَفَ، ويَشهَدَ قبلَ أن يُستشهَدَ»[1]، وهما أفتَيا في القَرن الرّابعِ الذين شَهِد رَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بفُشُوِّ الكَذِبِ فيهم.

وقِيل: هذا اختِلافُ حُجّةٍ وبُرهانٍ..

لهما: أن القَضاءَ مَبنيٌّ على الحُجّة، وهي شَهادةُ العُدولِ؛ لِما تَلَونا[2]، والعَدالةُ قبلَ السُّؤالِ ثابِتةٌ بالظّاهِر، وهو يَصلُحُ للدَّفع لا للإلزام، وحاجتُنا إلى إلزام الحُكمِ، وذا لا يَكونُ إلا بحُجّةٍ مُلزِمةٍ، فوَجَب التَّعرُّفُ عن العَدالة لإلزام الحُكمِ.

وله: قولُه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الْمُسلِمون عُدولٌ بعضُهم على بعضٍ، إلا مَحدودًا في قذفٍ»[3]، ومِثلُه عن عمرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ[4]، فهذا من صاحِب الشَّرعِ أَقوى من تَعديل الْمُزكِّي.

ولأن العَدالةَ ثابِتةٌ من حيث الظّاهرُ نظَرًا إلى دِينه وعقلِه؛ لأنهما يَمنَعانه عما هو مَحظورُ دينِه، فاكتُفِي بهذا الظّاهرِ لإثبات ما لم يكن إذا لم يكن ثَمَّ مُنازِعٌ؛ إذ لا يُمكِنُ

---

(١) رواه الترمذي (٢٣٠٣) بلفظ: «خير الناس قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يفشو الكذب حتى يشهد الرجل ولا يستشهد، ويحلف الرجل ولا يستحلف». وأصله في الصحيحين بألفاظ مختلفة.

(٢) أي في قوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ إلى قوله: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

(٣) رواه ابن أبي شيبة (٢٠٦٥٧).

(٤) رواه الدارقطني (٤٤٧١)، والبيهقي (٢٠٨٣٠).

الوُصولُ إلى القَطعِ؛ لخَفائها[1].

وهذا لأن أَقصى دَرَجاتِه أن يُعرَفَ مُنزجِرًا عن الْمَحظورات، مُتمسِّكًا بالطّاعات، وذا لا يَدُلُّ على تَمسُّكه بالصِّدق في الشَّهادات؛ ألا تَرى أن الْمِلكَ الثّابتَ بظاهِرِ اليدِ يَصلُحُ حُجّةً لاستِحقاق الشُّفعةِ إذا لم يكن الْمُشتري مُنازِعًا، ولا مُنازَعةَ قبلَ الطَّعنِ، فصَلَح حُجّةً، وبعدَ الطَّعنِ وُجِدت الْمُنازَعةُ، وتَقابَل الظّاهِران؛ إذ إسلامُ الخصمِ وعقلُه يَمنَعانه عن الطَّعن في الشُّهود أيضًا، فوَجَب التَّرجيحُ بالسُّؤال، بخِلاف الحُدودِ والقِصاصِ؛ لأن مَبناهما على الدَّرء، فيُحتالُ لِمَزيد[2] الاستيثاقِ[3].

والفَتوى على قَولهما في هذا الزَّمانِ.

ثم التَّزكيةُ في السِّرّ: أن يَبعَثَ الْمَستورةَ[4] إلى الْمُعدِّلِ، فيها نسَبُ الشّاهِدِ، وحِليتُه، ومُصلّاه، أي مَسجِدُه الذي يُصلِّي فيه، ويَرُدُّها الْمُعدِّلُ، كلُّ ذلك في السِّرّ؛ كيلا يَظهَرَ فيُخدَعَ أو يُقصَدَ[5].

وتَزكيةُ العَلانِيَة: أن يَجمَعَ القاضِي بينَ الْمُزكِّي وبينَ الشُّهودِ في مَجلِس القَضاءِ، فيَسألَ الْمُزكِّيَ عن الشُّهود بحَضرة الشُّهودِ: أهؤلاء عُدولٌ مَقبولُو الشَّهادةِ؟ ليُزكِّيَهم أو يَجرحَهَم، وفيه نفيُ شُبهةِ تَعديلِ غيرِهم.

---

(١) في (هـ): بحقائقها.

(٢) في (ج): بمزيد.

(٣) في (ب) و(هـ): الاستئناف.

(٤) وهي الورقة التي يكتب فيها القاضي أسماء الشهود. «الفتح» ٧/ ٣٧٩.

(٥) أي يقصد بالإضرار إذا كان ظاهرًا. «البناية» ٩/ ١١٦.

وفسره في «العناية» ٧/ ٣٧٩ فقال: أو يقصد الخداع. وبنحو ما في «البناية» فسره في «المبسوط» ١٦/ ٩١.

وكانت التَّزكيةُ في عَهد رَسولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأصحابه رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ علانيةً[1]؛ لأن الْمُعدِّلَ كان لا يَتوقّى عن الجَرح، ولا يَخافُ من الْمُدَّعي أو من الشُّهود؛ لأنهم كانُوا مُنقادِين للحقّ، ولا يُقابِلونه بالأَذى لو جَرَحهم.

ووَقَع[2] الاكتِفاءُ بتَزكِيةِ السِّرِّ في زَماننا، وتُرِكت تَزكيةُ العَلانِيَةِ؛ لأنها بَلاءٌ وفِتنةٌ؛ إذ الشُّهودُ والْمُدَّعي يُقابِلون الجارِحَ بالأَذى والإضرارِ به.

ثم قِيل: لا بُدَّ أن يَقولَ الْمُعدِّلُ: (هو عَدْلٌ جائِزُ الشَّهادةِ)؛ إذ العبدُ أو الْمَحدودُ إذا تاب قد يُعدَّلُ، **والأَصَحُّ**: أن يُكتفى بقَوله: (هو عَدْلٌ)؛ لثُبوت الحُرِّيَّةِ بالدّار.

وتَعديلُ الخصمِ لا يَصِحُّ(س م).

وتَعديلُ الخصمِ لا يَصِحُّ، يَعني: في قَول مَن رَأى أن يَسأَلَ عن الشُّهود لا يَصِحُّ تَعديلُ الْمَشهودِ عليه حتى يَسأَلَ عن غَيرِ الْمَشهودِ عليه، وعن أبي يوسف ومحمدٍ رَحِمَهُمَا اللهُ: أنه تَصِحُّ تَزكيتُه.

---

(١) أما في عهد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: فقد يستأنس له بحديث البيهقي (٢٠٣٩٨) عن ابن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا قال: كنت مع رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فمر رجل برسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يسأله، فقال: «كيف أنت يا عبد الله، أتعرفه؟»، قلت: نعم، قال: «ما اسمه؟»، قلت: لا أدري، قال: «فأين منزله؟»، قال: قلت: لا أدري، قال: «فليس هذه بمعرفة». كذا قال.

وأما في عهد الصحابة: فما رواه العقيلي في «الضعفاء» ٣/ ٤٥٤ والبيهقي (٢٠٤٠٠) عن خرشة بن الحر قال: شهد رجل عند عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ بشهادة، فقال له: لست أعرفك، ولا يضرك أن لا أعرفك، ائت بمن يعرفك. فقال رجل من القوم: أنا أعرفه، قال: بأي شيء تعرفه؟ قال: بالعدالة والفضل، فقال: فهو جارك الأدنى الذي تعرف ليله ونهاره ومدخله ومخرجه؟ قال: لا، قال: فمعاملك بالدينار والدرهم اللذين بهما يستدل على الورع؟ قال: لا، قال: فرفيقك في السفر الذي يستدل على مكارم الأخلاق؟ قال: لا، قال: لست تعرفه، ثم قال للرجل: ائت بمن يعرفك.

(٢) في (ب): ورفع.

ويُقضى بشَهادتهما عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف[1] رَحِمَهُمَاٱللَّهُ؛ لأن العدَدَ في الْمُزكِّي ليس بشرطٍ عندَهما، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: يُضَمُّ تزكيةُ آخرَ إلى تزكِيته؛ لأن العدَدَ في الْمُزكِّي شرطٌ عندَه.

وجهُ ظاهرِ الرِّوايةِ: أن في زَعم الْمُدَّعي وشُهودِه أن الْمُدَّعى عليه ظالِمٌ وكاذِبٌ في الجُحود، فلا تَصِحُّ تَزكيتُه؛ لأنه لَمّا كان فاسِقًا بالجُحود كيف يُعدِّلُ غيرَه؟! لاشتِراط العَدالةِ في الْمُزكِّي.

ومَوضوعُ الْمَسألةِ: إذا قال: (هم عُدولٌ، إلا أنهم أخطَؤُوا)، أو (نَسُوا)، أو قال[2]: (هم عُدولٌ) ولم يَزِد عليه، فإن قال: (صَدَقوا فيما شَهِدوا به عليّ)، أو قال: (هم عُدولٌ فيما شَهِدوا به عليّ)، أو قال: (شَهِدوا عليَّ بالحقّ)، أو قال: (عُدولٌ صَدَقةٌ): فهو منه إقرارٌ بالحقّ، فيَقضِي القاضِي عليه بإقراره لا بالشَّهادة.

وكَفى الواحِدُ(م) للتَّزكِية، والرِّسالةِ(م)، والتَّرجَمةِ(م).

وكَفى الواحِدُ للتَّزكِية والرِّسالةِ والتَّرجَمةِ؛ أي الواحِدُ يَصلُحُ أن يَكونَ مُزكِّيًا ورَسولًا من القاضِي إلى الْمُزكِّي، ومُترجِمًا عن الشّاهِد.. عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، والاثنان أفضَلُ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: لم يَكفِ إلا اثنان؛ لأن الشَّهادةَ إنما تَصيرُ شَهادةً بها، فيُشترَطُ لها العدَدُ، كما شُرِطت الذُّكورةُ في الْمُزكِّي في الحُدود.

ولأن أصلَ الظَّنِّ بالشَّهادة، وكَمالَه بالتَّزكِية، وقد شُرِطت العَدالةُ في هذا الشَّطرِ[3]،

---

(١) قوله: (وأبي يوسف) غير مثبت في (ب).

(٢) في (ب): وقال، وفي (ج): أما إذا قال.

(٣) في (د): الشرط.

فشُرِط فيه العدَدُ أيضًا؛ اعتِبارًا لأحَد الشَّرطَين أو الشَّطرَين بالآخَر.

ولهما: أنها ليست بشَهادةٍ، حتى لا يُشترَطُ فيها لفظُ الشَّهادةِ ومَجلِسُ[1] القَضاءِ، فكذا لا يُشترَطُ العدَدُ.

وإنما شَرَطنا العدَدَ في الشَّهادة بالنَّصِّ[2] على خِلاف القِياسِ؛ إذ رُجحانُ جِهةِ الصِّدقِ قد ظَهَر بخَبَر الواحِدِ العَدْلِ، حتى كان خبَرُ الواحِدِ العَدْلِ حُجّةً في الدِّيانات، وكما لا يَثبُتُ عِلمُ اليَقينِ بخَبَر الواحِدِ لا يَثبُتُ بخَبَر العدَدِ ما لم يَبلُغوا حدَّ التَّواتُرِ، فيُقتصَرُ على مَورِد النَّصِّ.

وهذا في تَزكِية السِّرِّ، أما في تَزكِية العَلانِيَةِ: فالعدَدُ شرطٌ بالإجماع؛ لأن مَعنى الشَّهادةِ فيها أبيَنُ، فإنها تَختصُّ بمَجلِس القَضاءِ، بخِلاف تَزكيةِ السِّرِّ.

والعبدُ[3] أو الْمَرأةُ أو الْمَحدودُ: صَلَح مُزَكِّيًا في تَزكِية السِّرِّ لا في تَزكِية العَلانِيَةِ.

وقالوا: يُشترَطُ الأربَعةُ في تَزكِية شُهودِ الزِّنى عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

---

(١) في (د): في مجلس.

(٢) وهو ما تقدم أول الكتاب.

(٣) في (ب): في العبد.

فَصْلٌ

[في بيانِ أنواعِ ما يتحمّلهُ الشّاهدُ[1]]

يَشهَدُ بما سَمِع أو رَأى، كبَيعٍ، وإقرارٍ، وحُكمِ حاكِمٍ، وغصبٍ، وقتلٍ، وإن لم يُشهَد عليه.

وما يتحمَّلُه الشّاهدُ على نوعَين:

نوعٌ يَثبُتُ بنَفسه بلا إشهادٍ، كالبَيع، والإقرارِ، وحُكمِ الحاكِمِ، والغصبِ، والقتلِ.

فإذا سَمِع الشّاهدُ البيعَ والإقرارَ وحُكْم الحاكِمِ، أو رَأى الغصب والقتلَ: وَسِعه أن يَشهَدَ وإن لم يُشهَد عليه؛ لأنه عَلِم بما هو مُوجِبٌ بنَفسه عِيانًا، وذا مُطلَقٌ للأَداء، قال اللهُ تَعالى: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزُّخرُف: ٨٦]، وقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذا عَلِمتَ مِثلَ الشَّمسِ فاشهَد، وإلا فدَعْ»[2].

ويَقولُ: (أشهَدُ أنه باع)، ولا يَقولُ: (أشهَدني)؛ لئلا يَكونَ كاذِبًا.

ولو سَمِع من وَراء الحِجابِ: لم يَجُز له أن يَشهَدَ، ولو شَهِد وفَسَّر للقاضِي لا يَقبَلُه؛ لأن الصَّوتَ يُشبِهُ الصَّوتَ، فلا يَحصُلُ العِلمُ، إلا إذا دَخَل البيتَ وعَلِم أنه ليس فيه غيرُه، ثم خَرَج وقَعَد على الباب، وليس للبَيت مَدخَلٌ غيرُه، فسَمِع[3] إقرارَ من في البَيت ولا يَراه: فحينَئذٍ حَلَّ له أن يَشهَدَ على إقراره؛ لحُصول العِلمِ في هذه الصُّورةِ.

(١) كذا في «العناية» ٧/ ٣٨٣، وفي «الفتح» ٧/ ٣٨٢: فصل يتعلق بكيفية الأداء ومسوغه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) في (أ): فيسمع.

ولا يَشهَدُ على شَهادة غيرِه ما لم يُشهَد.

ونوعٌ لا يَثبُتُ حُكمُه بنفسه، كالشَّهادة على الشَّهادة.

فإذا سَمِع شاهِدًا يَشهَدُ بشيءٍ لم يَجُز أن يَشهَدَ على شَهادته إلا أن يُشهِدَه؛ لأنه تَصرُّفٌ على الأَصل من حيث زَوالُ وِلايتِه في تَنفيذ قولِه على الْمَشهود عليه، وإزالةُ الوِلايةِ الثّابتةِ للغَير ضَررٌ عليه، فلا بُدَّ من الإنابة والتَّحميلِ[1] منه.

وكذا لو سَمِعه يُشهِدُ الشّاهدَ على شَهادته، لم يَسَع للسّامِعِ أن يَشهَدَ؛ لأنه لم يُحمِّله، وإنما حَمَّل غيرَه.

لا يَعمَلُ شاهِدٌ، وقاضٍ، وراوٍ.. بالخطِّ(س م) إن نَسُوا.

ولا يَعمَلُ شاهِدٌ وقاضٍ وراوٍ بالخطِّ إن نَسُوا، أي الشّاهدُ إذا رَأى خطَّه لا يَحِلُّ له أن يَشهَدَ إلا أن يَتذكَّرَ الشَّهادةَ.

وكذا القاضِي إذا وَجَد في دِيوانه إقرارَ رَجُلٍ لرَجُلٍ بحقٍّ من الحُقوق، أو شَهادةَ شُهودٍ شَهِدوا لرَجُلٍ على رَجُلٍ بحقٍّ من الحُقوق، وهو لا يَذكُرُ ذلك: لا يَحكُمُ بذلك ولا يُنفِّذُه حتى يَذكُرَه، وكذا الرّاوي إذا لم يَتذكَّر لا تَحِلُّ له الرِّوايةُ.

لأن الشَّهادةَ أو القَضاءَ أو الرِّوايةَ لا تَحِلُّ إلا عن عِلمٍ، ولا عِلمَ هنا؛ لأن الخطَّ يُشبِهُ الخطَّ، فلعله كان خطَّ غيرِه، فلما أشبَه خطَّه ظَنَّ أنه خطُّه.

قِيل: هذا قولُ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعندَهما: يَحِلُّ له أن يَشهَدَ؛ لأن الظّاهرَ أنه خطُّه، والعمَلُ بالظّاهِر واجِبٌ.

وإن ذَكَر الْمَجلِسَ الذي كانت فيه الشَّهادةُ،..........................

---

(١) في (ب) و(هـ): والتحمل.

أو أخبَره قومٌ ممن يَثِقُ به[1] أنّا شَهِدنا نحن وأنت: لا يَحِلُّ له أن يَشهَدَ اعتِمادًا على تذكُّر المَجلِسِ.

ولا يَشهَدُ بلا عِيانٍ، إلا في النَّسَب، والموتِ، والنّكاحِ، والدُّخولِ، ووِلايةِ القاضِي، إن أخبَره بها من يَثِقُ به.

ولا يَجوزُ للشّاهِد أن يَشهَدَ بشيءٍ لم يُعايِنه إلا النَّسَبَ، والموتَ، والنّكاحَ، والدُّخولَ، ووِلايةَ القاضِي، فإنه يَسَعُه أن يَشهَدَ بهذه الأشياءِ إذا أخبَره بها من يَثِقُ به استِحسانًا.

والقِياسُ: أن لا تَجوزَ الشَّهادةُ بالتَّسامُع في شيءٍ؛ لأن الْمُطلَقَ للشَّهادة العِلمُ، وذا إنما يَحصُلُ بالْمُعايَنة أو بالتَّواتُر، فصار كالبَيع والهِبةِ.

وجهُ الاستِحسانِ: أن مُعايَنةَ أسبابِ هذه الأُمورِ مُختصّةٌ بجمعٍ خاصٍّ، فسبَبُ النَّسَبِ الوِلادةُ، ولا يَحضُرُها إلا القابِلةُ، وسببُ القَضاءِ التَّقليدُ، ولا يُعايِنُ ذلك إلا الوَزيرُ ونحوُه من الخَواصّ.

وكذا النّكاحُ لا يَحضُرُه كلُّ أحدٍ، وكذا الميْتُ لا يُعايِنُه كلُّ أحدٍ، والدُّخولُ لا يَقِفُ عليه أحدٌ[2] إلا بأمارته.

فإذا سَمِع من النّاس أنَّ فُلانَ ابنَ فُلانٍ الفُلانيَّ، أو أن فُلانةَ زَوجةُ فُلانٍ، وهو يَدخُلُ عليها، أو رَأى رَجُلًا قَضى لرَجُلٍ، وسَمِع من النّاس أنه قاضِي هذه البَلدةِ، أو سَمِع منهم يَقولُون: (إن فُلانًا مات): وَسِعه أن يَشهَدَ وإن لم يُعايِن الوِلادةَ على فِراشه، أو عقدَ النّكاحِ، أو تَقليدَ الإمامِ إيّاه القَضاءَ، أو الموتَ.

---

(١) أي بالقوم، وكذلك العبارة في «الهداية» ٣/ ١٢٠، وفي (ب): بهم.

(٢) في (هـ): كل أحد.

لأنه يَتعلَّقُ بها أحكامٌ تَبقى على مرِّ الدُّهورِ، فلو لم تَجُز الشَّهادةُ فيها بالتَّسامُع لأدّى إلى الحَرَج أو تَعطيلِ تلك الأحكامِ، بخِلاف البيعِ أو الهِبةِ؛ لأنه كَلامٌ يَسمَعُه كلُّ أحدٍ.

وإنما يَجوزُ أن يَشهَدَ بالتَّسامُع: إذا حَصَل له العِلمُ بالتَّواتُر، أو بالاشتِهار[1]، أو بإِخبار من يَثِقُ به.

ويُشترَطُ أن يُخبِرَه رَجُلان عَدْلان أو رَجُلٌ وامرَأتان؛ لأنه أَقَلُّ نِصابٍ يُفيدُ العِلمَ الذي يُبنى عليه الحُكمُ في الْمُعامَلات.

وقِيل: يُكتفى في الْمَوت بإِخبار واحِدٍ أو واحِدةٍ؛ لأن النّاسَ يَكرَهون مُشاهَدةَ تلك الحالةِ، فلا يَحضُرُه غالِبًا إلا واحِدٌ أو واحِدةٌ، بخِلاف النَّسَبِ والنِّكاحِ.

ويَنبَغي أن يُطلِقَ أداءَ الشَّهادةِ ولا يُفسِّرَ، حتى لو فَسَّر للقاضِي أنه يَشهَدُ بالتَّسامُع لم يقبل شَهادتَه، هو الصَّحيحُ.

ولو رَأى إنسانًا جَلَس مَجلِسَ القَضاءِ[2]، ويَدخُلُ عليه الخُصومُ[3]: وَسِعه أن يَشهَدَ بكَونه قاضِيًا.

وكذا لو رَأى رَجُلًا وامرَأةً يَسكُنان بيتًا واحِدًا، ويَنبسِطُ كلُّ واحِدٍ منهما إلى الآخَر انبِساطَ الأزواجِ: حَلَّ له أن يَشهَدَ بالنِّكاح بينَهما، كما لو رَأى عَينًا في يَد غيرِه؛ عمَلًا بظاهِر الحالِ.

ومن شَهِد أنه شَهِد دَفْنَ فُلانٍ، أو صَلّى على جَنازته: فهو مُعايَنةٌ، حتى لو فَسَّر

---

(١) في (د): بالإشهاد.

(٢) في (ب): القاضي.

(٣) في (هـ): عليه الناس للمحاكمة.

للقاضِي يَقبلُه.

ثم قَصْرُ الاستِثناءِ على هذه الأشياءِ الخَمسةِ يَدُلُّ على أنه لا يَجوزُ[١] أن يُشهَدَ بالتَّسامُعِ في الوَلاءِ والوقفِ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه يَجوزُ في الوَلاءِ؛ لأن الوَلاءَ لُحمةٌ كلُحمة النَّسَبِ.

وعن محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه يَجوزُ في الوَقفِ؛ لأنه يَبقى على مرِّ الأعصارِ وكرِّ الدُّهورِ.

ولنا: أن الوَلاءَ يُبتنى على العَتقِ، ولا بُدَّ من الْمُعايَنة فيه، فكذا فيما بُني عليه.

وأما الوقفُ: فالصَّحيحُ أنه تُقبَلُ الشَّهادةُ بالتَّسامُعِ على أَصلِ الوقفِ؛ لأنه يَبقى على انقِضاءِ القُرونِ، دونَ شَرائطِه؛ لأن أصلَ الوقفِ يَشتهِرُ، فأما شَرائطُه التي شَرَطها الواقِفُ: فلا تَشتهِرُ.

قال الشَّيخُ الإمامُ ظَهيرُ الدِّينِ[٢] الْمَرغينانيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا بُدَّ من بَيانِ الجِهةِ، بأن يَشهَدوا أن هذا وقفٌ على الْمَسجِدِ، أو على الْمَقبَرة، ونحوِ ذلك، حتى لو لم يَذكُروا ذلك في شَهادتهم لا تُقبَلُ شَهادتُهم.

وتَأويلُ قولِهم: (لا تُقبَلُ الشَّهادةُ على شَرائِطِ الوقفِ): أنَّ بعدَما ذَكَروا أن هذا وقفٌ على كذا لا يَنبَغي لهم أنه يَشهَدوا أنه يُبدَأُ من غَلَّته فيُصرَفُ إلى كذا، ولو قالُوا ذلك في شَهادتهم لا تُقبَلُ شَهادتُهم.

في يَده شيءٌ سِوى الرَّقيقِ: لك أن تَشهَدَ أنه له، وإن بَيَّن تُرَدُّ، كالتَّسامُعِ.

رَجُلٌ في يَده شيءٌ سِوى العبدِ والأمةِ: وَسِعك أن تَشهَدَ أنه له؛ لأن الْمِلكَ في الأشياء لا يُعرَفُ بطَريق اليَقينِ، وإنما يُعرَفُ بطَريق الظَّاهِرِ، واليدُ بلا مُنازَعةٍ دَليلُ

---

(١) في (هـ): على أنه يجوز.

(٢) في (ج) و(د): ظهير الحق.

الْملكِ ظاهِرًا، بل لا دَليلَ لِمَعرِفة الْمِلكِ في حقِّ الشّاهِدِ سِوى اليدِ بلا مُنازَعةٍ؛ لأن أَقصى ما في الباب أنه يُعايِنُ أسبابَ الْمِلكِ من البَيع والهِبةِ ونحوِهما.

لكنِ البيعُ إنما يُفيدُ الْمِلكَ إذا كان الْمَبيعُ مِلكًا للبائِع، وكذا الهِبةُ، وإنما يُعرَفُ كونُ الْمَبيعِ والْمَوهوبِ مِلكًا للبائِع والواهِبِ بيَده بلا مُنازَعةٍ.

قالُوا: إنما يَحِلُّ له أن يَشهَدَ بالْمِلك لذي اليدِ إذا وَقَع في قَلبه أنه مِلكُه، فإن وَقَع في قَلبه أنه مِلكُ غيرِه لا يَحِلُّ له أن يَشهَدَ بالْمِلك؛ لأن الأصلَ اعتِبارُ عِلمِ اليَقينِ بجَواز الشَّهادةِ؛ لقَوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذا عَلِمتَ مِثلَ الشَّمسِ فاشهَد، وإلا فدَعْ»[1]، فعندَ إعوازِ ذلك يُصارُ إلى ما يَشهَدُ به القلبُ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: دَليلُ الْمِلكِ اليدُ مع التَّصرُّفِ، وبه قال بعضُ مَشايخِنا رَحِمَهُمُ اللَّهُ؛ لأن اليدَ تَتنوَّعُ إلى مِلكٍ وأمانةٍ[2] وضَمانٍ، فيُشترَطُ انضِمامُ التَّصرُّفِ للشَّهادة على الْمِلك.

قُلنا: التَّصرُّفُ يَتنوَّعُ أيضًا إلى نِيابةٍ، كالوَكيل والْمُضارِبِ، وإلى أصالةٍ، فلا مَعنى لاعتِبار[3] هذه الزِّيادةِ؛ إذ الاحتِمالُ لا يَزولُ بها، والأصلُ أن الأملاكَ تكونُ في أَيدي الْمُلّاكِ، والكَينونةَ في يَد غيرِهم عارِضٌ، فرَجَّحنا الأصلَ.

ويَنبَغي أن لا تُقيَّدَ[4] الشَّهادةُ بما استَفاد العِلمَ به من مُعايَنة اليدِ، حتى لو بَيَّن ذلك تُرَدُّ، كما مَرَّ في التَّسامُع؛ لأن مُعايَنةَ اليدِ في الأَملاك مُطلِقٌ للشَّهادة بالْمِلك لا مُوجِبٌ، والقاضِي يَلزَمُه القَضاءُ بالْمِلك بالشَّهادة.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في (هـ): وإنابة.

(٣) في (ب): لاختيار.

(٤) في (ب): تقبل.

ثم الْمَسألةُ على أربَعة أوجُهٍ:

إن عايَن المالِكَ والْمِلكَ، بأن عَرَف المالِكَ باسمه ونسَبِه ووجهِه، وعَرَف الْمِلكَ بحُدوده، ورَآه في يَده بلا مُنازَعةٍ، ثم رَآه في يَد آخرَ، فجاء الأوَّلُ وادَّعى الْمِلكَ: وَسِعه أن يَشهَدَ للأوَّل بالْمِلك بِناءً على يَده.

وإن عايَن الْمِلكَ دونَ المالِكِ، بأن عايَن مِلكًا بحُدوده يُنسَبُ إلى فُلانِ بنِ فُلانٍ الفُلانيِّ، وهو لم يَعرِفه بوَجهه[1]، ثم جاء الذي نُسِب إليه الْمِلكُ، وادَّعى مِلكيّةَ هذا الْمَحدودِ على شخصٍ: حَلَّ له أن يَشهَدَ استِحسانًا؛ لأن النَّسَبَ[2] يَثبُتُ بالتَّسامُع، فصار المالِكُ مَعلومًا بالتَّسامُع، والْمِلكُ مَعروفٌ.

وإن لم يُعايِن الْمِلكَ والمالِكَ، ولكن سَمِع من النّاس قالُوا: (لفُلانِ بن فُلانٍ في قَرية كذا ضَيعةٌ حُدودُها كذا)، وهو لم يَعرِف تلك الضَّيعةَ، ولم يُعايِن يدَه عليها: لا يَحِلُّ أن يَشهَدَ له بالْمِلك.

وإن عايَن المالِكَ دونَ الْمِلكِ، بأن عَرَف الرَّجُلَ مَعرِفةً تامّةً، وسَمِع أن له في قَرية كذا ضَيعةً، وهو لا يَعرِفُ تلك الضَّيعةَ بعَينها: لا يَسَعُه أن يَشهَدَ؛ لأنه لم يَحصُل له العِلمُ بالْمَحدود، وهو شرطٌ للشَّهادة.

وأما العبدُ والأمةُ.. فإن كان يَعرِفُ أنهما رَقيقان: حَلَّ للرّائي أن يَشهَدَ لذي اليدِ بالْمِلك؛ لأن الرَّقيقَ لا يَكونُ في يَد نفسِه، بل يَكونُ في يَد الْمُستولِي عليه.

وإن كان لا يَعرِفُ أنهما رَقيقان، إلا أنهما صَغيران لا يُعبِّران عن أنفُسهما: فكذلك؛ لأنه لا يدَ لهما، فتَثبُتُ يدُ الْمَولى عليهما حَقيقةً، وصارا كالثِّياب والدَّوابِّ.

---

(١) في (ب) و(هـ): ونسبه.

(٢) أي نسب المالك. «البناية» ٩/ ١٣٢.

وإن كانا كَبيرَين، أو صَغيرَين يُعبِّران عن أنفُسهما: فذلك مَصرِفُ الاستِثناءِ؛ لأن لهما يدًا على أنفُسهما، حتى إذا ادَّعى أنه حُرُّ الأصلِ كان القولُ له، فلا يَثبُتُ لغَيره عليه يدٌ على الحَقيقة حتى يُعتبَرَ لإطلاق الشَّهادةِ بالْمِلك.

ولا يُمكِنُ أن يُعتبَرَ التَّصرُّفُ -وهو الاستِخدامُ- مُطلِقًا للشَّهادة؛ لأنه لا يَصلُحُ دَليلًا على الْمِلك، فالحُرُّ يَستخدِمُ الحُرَّ ويَخدُمُه طَوعًا كما يَخدُمُ العبدُ سيِّدَه.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمدٍ رَحِمَهُمُ اللَّهُ: أنه يَحِلُّ له أن يَشهَدَ فيهما أيضًا، فجَعَلوا اليدَ دَليلًا على الْمِلك في الكلّ؛ ألا تَرى أن من ادَّعى عبدًا أو أمةً في يَد غيرِه، وذو اليدِ يَدَّعي لنَفسه: فالقولُ لذي اليدِ؛ لأن الظَّاهرَ شاهِدٌ له بالْمِلك؛ لقِيام يدِه عليه.

بَابُ مَنْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ وَمَنْ لَا تُقْبَلُ

الأصلُ: أن أداءَ[1] الشَّهادةِ يُرَدُّ بالتُّهمة؛ لقَوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا شَهادةَ للمُتَّهَم»[2].

ولأن الخبرَ إنما صار حُجّةً بترجُّح جانبِ الصِّدقِ فيه، وعندَ ظُهورِ سببِ التُّهمةِ لا يترجَّحُ جانِبُ الصِّدقُ.

ثم تَمكُّنُ التُّهمةِ تارةً يَكونُ لِمَعنًى في الشّاهِد، وهو الفِسقُ؛ لأنه لَمّا لم يَنزجِر عن ارتكاب مَحظورِ دِينِه مع اعتِقادِهِ حُرمتَه.. يُتَّهَمُ بأنه لا يَنزجِرُ عن شَهادة الزُّورِ.

وقد يَكونُ[3] لتُهمة الكَذِبِ في الشّاهِد مع قِيامِ العَدالةِ بدَليلٍ شَرعيٍّ، وهو في حقِّ الْمَحدودِ في القَذف بعدَ التَّوبةِ، فإن اللهَ تَعالى جَعَل عجزَه عن الإتيان بأربعة شُهَداءَ دَليلَ كَذِبه.

وقد يَكونُ لِمَعنًى في الْمَشهود له باعتِبار وُصلةٍ بينَه وبينَ الشّاهِدِ بزَوجيّةٍ، أو وِلادٍ، أو مِلكٍ، أو شِركةٍ، فتَتمكَّنُ تُهمةُ الكَذِبِ في شَهادته، بأن يَميلَ إليه ويُؤْثِرَه على الْمَشهود

---

(١) مثبتة من (هـ).

(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وروى الترمذي (٢٢٩٨) عن عائشة قالت: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة، ولا مجلود حدًّا ولا مجلودة، ولا ذي غمر لأخيه، ولا مجرب شهادة، ولا القانع أهل البيت لهم، ولا ظنين في ولاء ولا قرابة». قال الفزاري: القانع: التابع.

وروى عبد الرزاق (١٥٣٦٥) عن أبي هريرة قال: بعث رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مناديًا في السوق أنه لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين، قيل: وما الظنين؟ قال: المتهم في دينه.

(٣) أي تَمكُّن التُّهمة.

عليه على ما عليه عادةُ النّاسِ.

وتُرَدُّ شَهادةُ الأَعمى(س ز ك ف)، والْمَملوكِ(ك)، والصَّبيِّ(ك)، إلا أن يُؤدِّيا في الحُرِّيَّة والبُلوغِ ما تَحمَّلا قبلَهما.

وقد يَكونُ لِمَعنًى في الشّاهِد، وهو لا يَقدَحُ في عَدالته ووِلايتِه، وهو العَمى، فتُرَدُّ شَهادةُ الأَعمى.

وقال مالِكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تُقبَلُ شَهادتُه؛ لأن العَمى لا يَقدَحُ في الوِلاية والعَدالةِ، وباعتِبارهما يَجِبُ قَبولُ الشَّهادةِ، ولهذا قُبِلت رِوايةُ الأَعمى.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ -وهو رِوايةٌ عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ-: تُقبَلُ شَهادتُه فيما يَجري فيه التَّسامُعُ؛ لأنه في السَّماع كالبَصير.

وقال أبو يوسف والشّافعيُّ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: إذا تَحمَّل الشَّهادةَ وهو بَصيرٌ، ثم أدّاها وهو أَعمى: تُقبَلُ؛ لصِحّة تَحمُّلِه بالْمُعاينة، وبعدَ صِحّةِ تَحمُّلِه يَحتاجُ إلى الحِفظ والأداءِ عندَ القاضِي، والأَعمى فيهما كالبَصير.

وتَعريفُ الْمَشهودِ له والْمَشهودِ عليه بذِكر الاسمِ والنَّسَبِ، والإشارةُ إليهما بطَريقٍ يُعلَمُ أنه مُصيبٌ في ذلك: كافٍ لأَداء الشَّهادةِ؛ ألا تَرى أن البَصيرَ إذا شَهِد على ميِّتٍ أو غائِبٍ يُقامُ ذِكرُ الاسمِ والنَّسَبِ مُقامَ الإشارةِ في صِحّة الشَّهادةِ، كذا هنا.

ولنا: أن في شَهادة الأَعمى تُهمةً يُمكِنُ التَّحرُّزُ عنها بجِنس الشُّهودِ، فتُرَدُّ شَهادتُه، كشَهادة الأبِ لوَلَده؛ وهذا لأنه يُحتاجُ في تَحمُّل الشَّهادةِ وأدائِها إلى التَّمييز بينَ الْمَشهودِ له والْمَشهودِ عليه بالإشارة إليهما، وإلى الْمَشهود به فيما يَجِبُ إحضارُه، وآلةُ هذا التَّمييزِ البصَرُ، وقد عُدِم، وإنما يُميِّزُ الأَعمى بينَ النّاسِ بالصَّوت، وفيه شُبهةٌ

يُمكِنُ التَّحرُّزُ عنها بحَبس الشُّهودِ، فيُرَدُّ.

بخِلاف ما ذُكِر؛ لأنه لا يُمكِنُ التَّحرُّزُ عنها بحَبس الشُّهودِ ثَمّ؛ لأن الْمُدَّعيَ وإن استكثَرَ الشُّهودَ يَحتاجُ إلى إقامة الاسمِ والنَّسَبِ مُقامَ الإشارةِ عندَ موتِ الْمَشهودِ عليه أو غَيبتِه، ولأن النِّسبةَ لتَعريف الغائِبِ دونَ الحاضِرِ.

على أن الإشارةَ ثَمَّ تَقَعُ[1] إلى وَكيل الغائِبِ أو وصِيِّه، وهو في ذلك قائِمٌ مَقامَه، وصار كالحُدود والقِصاصِ.

ولو عَمِي بعدَ الأداءِ قبلَ القَضاءِ يَمتنِعُ القَضاءُ عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ؛ لأن قِيامَ أهلِيَةِ الشَّهادةِ شرطٌ وقتَ القَضاءِ؛ لأنها تَصيرُ حُجّةً بالقَضاء، وصار كما لو خَرِس، أو جُنّ، أو فَسَق.

بخِلاف ما لو ماتُوا أو غابُوا؛ لأن بالْمَوت تتَناهى الأهلِيّةُ، والشَّيءُ بانتِهائه يَتقرَّرُ، والغَيبةُ لا تُنافِي الأهلِيّةَ.

وتُرَدُّ شَهادةُ الْمَملوكِ والصَّبيِّ، خِلافًا لمالِكٍ رَحِمَهُٱللَّهُ فيهما؛ لأن الشَّهادةَ من باب الوِلايةِ؛ لأنه قولٌ مُلزِمٌ على الغَير ابتِداءً، وليس مَعنى الوِلايةِ إلا هذا، والأصلُ وِلايةُ المرءِ على نَفسه، ولا وِلايةَ لهما على أنفُسهما، فعلى غَيرهما أَولى.

إلا أن يُؤدِّيا في الحُرِّيّة والبُلوغِ ما تحمَّلا قبلَهما؛ لأن التَّحمُّلَ بالْمُعايَنة أو السَّماعِ، وهما لا يُنافِيانهما، وعندَ الأداءِ هما من أهل الشَّهادةِ.

ومن حُدَّ لقذفٍ وتاب[ـ]، ولو كافِرًا، فلو أسلَم بعدَ كلِّه أو بعضِه: لا.

وتُرَدُّ شَهادةُ من حُدَّ لقذفٍ، وإن تاب.

---

(١) في (ب): لا تقع.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تُقبَلُ إذا تاب؛ لقَوله تَعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ﴾ [النور: ٥]، والاستِثناءُ متى يَعقُبُ كَلِماتٍ عُطِف بعضُها على بعضٍ يَنصرِفُ إلى جَميع ما تَقدَّم.

ولأن الْمُوجِبَ لردِّ شَهادتِه فِسقُه، وقد ارتَفَع بالتَّوبة.

ولنا: قولُه تَعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُواْ لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًاۚ﴾ [النور: ٤].

ولأن ردَّ شَهادتِه من تَمام حدِّه، وأصلُ الحدِّ لا يَرتفِعُ بالتَّوبة، فكذا الْمُتمِّمُ له؛ وهذا لأن فيه مَعنى الزَّجرِ؛ لأنه مُؤلِمٌ قلبَه، كما أن الجَلدَ مُؤلِمٌ بدَنَه، وقد آذاه بِلِسانه، فعُوقِب بِإهدار مَنفَعةِ لِسانِه جَزاءً وِفاقًا.

بخِلاف الْمَحدودِ في غَير القذفِ؛ لأن الرَّدَّ ثَمَّ للفِسق، ولم يَبقَ بالتَّوبة؛ إذ التّائبُ من الذَّنب كمن لا ذنبَ له، وهنا الرَّدُّ للحدّ.

والاستِثناءُ يَنصرِفُ إلى ما يَلِيه، وهو قولُه تعالى: ﴿وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾ [النور: ٤]؛ لأنه للاستِئناف؛ لأن ما قبلَه أمرٌ ونهيٌ فُوِّضا إلى الأئِمّة، وهذه جُملةٌ اسميّةٌ إخبارٌ عن حالٍ قائِمةٍ فيهم، فلم يَحسُن العطفُ، فكانت مُستأنَفةً، فانصَرَف الاستِثناءُ إلى هذه الجُملةِ فحسبُ.

أو هو استِثناءٌ مُنقطِعٌ بمَعنى (لكن)؛ لأن التّائِبين ليسوا من جِنس الفاسِقين، فكان مَعناه: (ولكن الذين تابوا فإن الله يَغفِرُ ذنبَهم ويَتوبُ عليهم ويَرحَمُهم)، فكان كَلامًا مُبتدأً غيرَ مُتعلِّقٍ بما قبلَه، والثّابتُ بالنَّصِّ هو التَّوقُّفُ في خَبَر الفاسِقِ، كما قال الله تَعالى: ﴿فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾ [الحجرات: ٦]، والْمَنصوصُ عليه هنا الرَّدُّ دونَ التَّوقُّفِ، فتَبيَّن أنه ليس بسَبَب الفِسقِ، بل لتَمام الحدّ.

ولو كافِرًا، أي إذا حُدَّ الكافِرُ في قذفٍ لم تَجُز شَهادتُه على أَهل الذِّمّةِ؛ لأن له

شَهادةً على جِنسه، فتُردُّ تتِمَّةً لحدِّه.

فإن أسلَم قُبِلت شَهادتُه عليهم وعلى الْمُسلِمين؛ لأن هذه شَهادةٌ استَفادها بالإسلام ولم يَلحَقها ردٌّ[1]، وهي الشَّهادةُ على أَهل الإسلامِ؛ لأنها لم تكن ثابِتةً زَمانَ الحدِّ والرَّدِّ، فلما جازت شَهادتُه على أَهل الإسلامِ جازت شَهادتُه على الكُفّار ضَرورةً.

بخِلاف العبدِ إذا حُدَّ حدَّ القذفِ ثم عتَق؛ حيث تُرَدُّ شَهادتُه؛ لأنه لا شَهادةَ للعَبد أصلًا في حال رقِّه، فتَوقَّف الرَّدُّ على حُدوثها له، فإذا حَدَث كان ردُّ شَهادتِه بعدَ العِتقِ من تَمام حدِّه.

وإن ضُرِب الذِّمِّيُّ سَوطًا في قذفٍ، ثم أسلَم، ثم ضُرِب الباقِي: جازت شَهادتُه على أَهل الإسلامِ وأهلِ الذِّمّةِ؛ لأن ردَّ الشَّهادةِ من تَمام الحدِّ، والْمَوجودُ بعدَ الإسلامِ ليس بحدٍّ، فلا يَترتَّبُ عليه ردُّ الشَّهادةِ.

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا ضُرِب السَّوطَ الأخيرَ بعدَ الإسلامِ لا تُقبَلُ شَهادتُه؛ لأنه جُزءٌ أخيرٌ مما يَترتَّبُ عليه الرَّدُّ، فيَثبُتُ به الرَّدُّ؛ لأن الحُكمَ يُضافُ إلى الوَصف الأخيرِ.

وعنه: إذا ضُرِب الأكثَرَ بعدَ الإسلامِ لم تُقبَل شَهادتُه، وإن كان دونَ ذلك تُقبَلُ؛ لأن للأكثَر حُكمَ الكلِّ.

وذَكَر في «الْمَبسوط»: ولا تَسقُطُ شَهادةُ القاذِفِ ما لم يُضرَب تَمامَ الحدِّ؛ لأن إقامةَ الحدِّ مُسقِطةٌ للشَّهادة، والحدُّ لا يَتجزَّأُ، فما دونَه لا يَكونُ حدًّا، بل يَكونُ تَعزيرًا، والتَّعزيرُ لا يُسقِطُ الشَّهادةَ.

---

(1) في (ب): ردة.

وفي هذه الْمَسألة عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ ثلاثُ رِواياتٍ:

إِحداها: هذه.

والثّانيةُ: إذا أُقِيم عليه أكثرُ الحدِّ سَقَطت شَهادتُه؛ إقامةً للأكثر مُقامَ الكلِّ.

والثّالثةُ: إذا ضُرِب سَوطًا سَقَطت شَهادتُه؛ لأن من ضَرورة إقامةِ ذلك القَدْرِ من الحدِّ الحُكمَ بكَذِبه.

والوَلَدِ(ك) لأبَوَيه وجَدَّيه، وعكسُه(ك)، وأحَدِ الزَّوجَين(ف) للآخَر، والسَّيِّدِ لعَبده ومُكاتَبِه.

وتُرَدُّ شَهادةُ الولَدِ لأبَوَيه وجَدَّيه، وعكسُه، وأحدِ الزَّوجَين للآخَر، والسَّيِّدِ لعَبده، سَواءٌ كان عليه دَينٌ أوْ لا، ومُكاتَبِه.

والأصلُ فيه: قولُه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تُقبَلُ شَهادةُ الولَدِ لوالِده، ولا الوالِدِ لوَلَده، ولا الْمَرأةِ لزَوجها، ولا الزَّوجِ لامرَأته، ولا العبدِ لسيِّده، ولا الْمَولى لعَبده، ولا الأجيرِ لمن استَأجَره»[1].

والْمُرادُ بالأجِير: التِّلميذُ الخاصُّ الذي يَعُدُّ ضرَرَ أُستاذِه ضرَرَ نفسِه، ونفْعَه نفْعَ نفسِه، وهو مَعنى قولِه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا شَهادةَ للقانِع[2] بأَهل البيتِ»[3].

---

(١) قال في «التعريف والإخبار» ٢/ ٣٩٩: أخرجه الخصاف في كتاب «أدب القاضي»، وقال في «نصب الراية» ٤/ ٨٢: غريب، وهو في «مصنف» ابن أبي شيبة (٢٢٨٥٩)، وعبد الرزاق (١٥٤٧٤)، من قول شُريح.

(٢) في (ب): للتابع، وفي (د): للنافع.

(٣) روى الإمام أحمد (٦٨٩٩) والترمذي (٢٢٩٨) واللفظ له عن عائشة قالت: قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة، ولا مجلود حدًّا ولا مجلودة، ولا ذي غِمْر لأخيه، =

وقِيل: هو الأجِيرُ مُسانَهةً أو مُشاهَرةً[1]؛ لأنه يَستوجِبُ الأجرَ بمَنافِعه، فإذا شَهِد له في مُدّة الإجارةِ فكأنه استأجَره عليها.

ولأن الْمَنافِعَ بينَ هؤلاء مُتَّصِلةٌ، فتَصيرُ شَهادةً لنَفسه من وجهٍ، وقد حَقَّقناه من قبلُ.

ومالِكٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ يُخالِفُنا في الوَلَد والوالِدِ، فهو يُجوِّزُ شَهادةَ كلِّ واحِدٍ منهما لصاحِبه؛ قِياسًا على شَهادة كلِّ واحِدٍ منهما على صاحِبه.

والشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في أحَد الزَّوجَين، فهو يُجوِّزُ شَهادةَ أحَدِهما لصاحِبه؛ لأنه لا بَعضيّةَ بينَهما، والزَّوجيّةُ قد تَكونُ سبَبًا للتَّنافُر والعَداوةِ، وقد تَكونُ سبَبًا للمَيل والإيثارِ، فصارت نَظيرَ الأُخُوّةِ، ولهذا يَجري القِصاصُ والحبسُ بالدَّين بينَهما، ولا مُعتبَرَ بالْمَنفَعة الثّابتةِ ضِمنًا، كما في الغَريم إذا شَهِد لِمَديونه الْمُفلِسِ.

قُلنا: لا وِلايةَ له على الْمَشهود به، وهو المالُ، ولكلِّ واحِدٍ من الزَّوجَين وِلايةٌ على مال صاحِبه عادةً، ويَعُدُّ مَنفَعةَ صاحِبِه مَنفَعتَه، ويُعَدُّ الزَّوجُ غنيًّا بمال امرَأتِه، قِيل في تَأويل قولِه تَعالى: ﴿وَوَجَدَكَ عَآئِلًا فَأَغۡنَىٰ﴾ [الضُّحَى: ٨]، أي بمال خَديجةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنۡهَا[2].

=ولا مجرب شهادة، ولا القانع أهل البيت لهم، ولا ظنين في ولاء ولا قرابة». قال الفزاري: القانع: التابع.

وروى أبو داود (٣٦٠٠) أنَّ رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ ردَّ شهادةَ الخائن والخائنة، وذي الغِمْر على أخيه، وردَّ شهادةَ القانع لأهل البيت، وأجازها لغيرهم.

(١) أي الأجير مدة سنة أو شهر.

(٢) روى الإمام أحمد (٢٤٨٦٤) والطبراني (٢٣/ ١٣) عن عائشة، قالت: كان النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ إذا ذكر خديجة أثنى عليها، فأحسن الثناء، قالت: فغرت يومًا، فقلت: ما أكثر ما تذكرها! حمراء الشدق، قد أبدلك الله عَزَّ وَجَلَّ بها خيرًا منها، قال: «ما أبدلني الله عَزَّ وَجَلَّ خيرًا منها، قد آمنت بي إذ كفر بي الناس،=

وشَريكِه بمال الشِّرْكةِ.

وتُرَدُّ شَهادةُ الشَّريكِ لشَريكه فيما هو من شِرْكتهما؛ لأنها شَهادةٌ لنفسه من وجهٍ، ولو شَهِد بما ليس من شِرْكتهما: تُقبَلُ؛ لعَدَم التُّهمةِ.

والْمُخنَّثِ، والنّائحةِ[1]، والْمُغنِّيةِ، ومُدمِنِ[2] الشُّربِ على اللَّهو، ومن يَلعَبُ بالطُّيور، ويُغنِّي للنّاس، ويَأتِي بما يُحَدُّ به، ويَدخُلُ الحَمّامَ بلا إزارٍ، ويَأكُلُ الرِّبا، ويُقامِرُ[3] بنَرْدٍ وشِطْرَنجٍ(ف)، ويَبولُ ويَأكُلُ على الطَّريق، ويُظهِرُ سَبَّ السَّلَفِ[4].

= وصدقتني إذ كذبني الناس، وواستني بمالها إذ حرمني الناس، ورزقني الله عَزَّوَجَلَّ ولدها إذ حرمني أولاد النساء».

وقال الإمام القرطبي رَحِمَهُٱللَّهُتَعَالَىٰ في «تفسيره» ٢٠/ ٩٩ في تفسير قوله تعالى: ﴿وَوَجَدَكَ عَآئِلًا فَأَغْنَىٰ﴾: أي فقيرًا لا مال لك، ﴿فَأَغْنَىٰ﴾: أي فأغناك بخديجة رَضِيَٱللَّهُعَنْهَا.

ونسب الواحدي هذا القول في «التفسير البسيط» ٢٤/ ١١١ لعطاء، وعزاه ابن الجوزي في «زاد المسير» ٤/ ٤٥٨ لجماعة من المفسرين.

(١) ناحت المرأة على الميت: إذا ندبته، وذلك أن تبكي عليه وتعدد محاسنه، والنياحة الاسم. «المغرب» ص٤٧٣.

النائحة: التي احترفت البكاء ولطم الخدود على الموتى. «لغة الفقهاء» ص٤٧١.

(٢) الإدمان: المداومة والاعتياد، ومنه المدمن أي المداوم. «الدستور» ١/ ٤٧.

(٣) القمار: مصدر قامر، هو كل لعب يشترط فيه غالبًا أن يأخذ الغالب شيئًا من المغلوب، وأصله أن يأخذ الواحد من صاحبه شيئًا فشيئًا في اللعب، ثم عرفوه بأنه تعليق الملك على الخطر والمال في الجانبين. «التعريفات الفقهية» ص١٧٧.

(٤) السَّلَف: اسم لكل من يُقلِّدُ مذهبه ويُتَبَعُ أثرُه، كالإمام أبي حنيفة وغيره من الأئمة وأصحابهم رَحِمَهُمُٱللَّهُ، فإنهم سلف لنا، وكالصحابة والتابعين فإنهم سلف لهم، ويقابله الخلف.

وقد يطلق السلف شاملًا للمجتهدين كلهم من الصحابة والتابعين وأتباعهم إلى المائة الرابعة، ومن كانوا بعد المائة الرابعة: فهم خلف. «التعريفات الفقهية» ص١١٥.

وتُرَدُّ شَهادةُ الْمُخنَّثِ، والنّائحةِ، والْمُغنِّيةِ، ومُدمِنِ الشُّربِ على اللَّهو؛ لإصرارهم على الفِسق.

والْمُرادُ بالْمُخنَّثِ: الرَّديء في أفعاله، فأما إذا كان في كَلامه لِينٌ، وفي أَعضائه تكسُّرٌ، ولم يَشتهِر بشيءٍ من الأفعال الرَّديئةِ: فهو عَدْلٌ مَقبولُ الشَّهادةِ.

وقد نَهى النَّبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن الصَّوتَين الأحمَقَين: النّائحةِ والْمُغنِّيةِ[1]، ولَعَن النّائحاتِ والْمُغنِّياتِ[2]، ولم يُرَد به التي تَنوحُ في مُصِيبتها.

وإنما شُرِط الإدمانُ: ليَكونَ ذلك ظاهِرًا منه، فإن من يَشرَبُ الخمرَ سِرًّا ولا يُظهِرُ ذلك: لا يَخرُجُ من أن يَكونَ عَدْلًا، وإن كان شُرْبُ الخمرِ كَبيرةً[3]، وإنما تَسقُطُ عَدالتُه إذا كان يُظهِرُ ذلك، أو[4] يَخرُجُ سَكرانًا ويَلعَبُ به الصِّبيانُ؛ لأنه لا مُروءةَ لِمِثله، ولا يَحترِزُ عن الكَذِب عادةً.

وتُرَدُّ شَهادةُ من يَلعَبُ بالطُّيور؛ لشِدّة غَفلتِه وإصرارِه على نَوع لَعِبٍ، وقد قال

---

(١) رواه الترمذي (١٠٠٥)، والبزار (١٠٠١)، والحاكم (٦٨٢٥)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٨٤.

(٢) روى أبو داود (٣١٢٨) عن أبي سعيد الخدريِّ، قال: لعن رسولُ الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ النائحةَ والمستمِعةَ. وروى الطبراني (١٣٥٦٧) قال رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «القاص ينتظر المقت، والمستمع ينتظر الرحمة، والتاجر ينتظر الرزق، والمحتكر ينتظر اللعنة، والنائحة ومن حولها من امرأة عليهم لعنة الله والملائكة والناس أجمعين».

وروى ابن أبي الدنيا في «ذم الملاهي» (٤٦) والبيهقي في «الشعب» (٤٧٥١) وابن عساكر في «ذم الملاهي» (١٢) عن الشعبي قال: لُعِن المغني والمغنَّى له.

(٣) في (هـ): كثيرًا، وفي (د) غير منقوطة.

(٤) في (هـ): أي.

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ما أنا من دَدٍ ولا الدَّدُ مني[(1)]»[(2)].

ولأن الغالِبَ أنه يَنظُرُ إلى العَوْرات في السُّطوح وغيرِها، وذا فِسقٌ.

فأما إذا كان يُمسِكُ الحَمَامَ في بَيته للاستِئناس ولا يُطيِّرُها: فهو عَدْلٌ مَقبولُ الشَّهادةِ؛ لأن إمساكَ الحمامِ في البُيوت مُباحٌ؛ ألا تَرى أن النّاسَ يَتَّخِذون بُروجَ الحمَاماتِ، ولم يَمنَع من ذلك أحدٌ.

وتُرَدُّ شَهادةُ من يُغنِّي للنّاس؛ لأنه يُصِرُّ على نَوع فِسقٍ، ويَجمَعُهم على ارتِكاب كَبيرةٍ، ولا يَمتنِعُ عادةً عن الْمُجازَفة[(3)] والكَذِبِ.

وإذا كان لا يُسمِعُ غيرَه، ولكن يُسمِعُ نفسَه لإزالة الوَحْشةِ: فلا بأسَ به.

وتُرَدُّ شَهادةُ من يَأتي بابًا من الكَبائِر الْمُوجِبةِ للحدّ؛ لوُجود تَعاطِيه، بخِلاف اعتِقادِه، وذا دَليلُ قِلّةِ دِيانتِه، فلعله يَجترِئُ على الشَّهادة زُورًا.

---

(1) قال في «النهاية» ٢/ ١٠٩: الدد: اللهو واللعب، وهي محذوفة اللام، وقد استعملت متممة: دَدًا كَنَدًى، ودَدَنٌ كبَدَن، ولا يخلو المحذوف أن يكون ياءً كقولهم يد في يدي، أو نونًا كقولهم لد في لدن.

ومعنى تنكير الدد في الجملة الأولى: الشياع والاستغراق، وأن لا يبقى شيء منه إلا وهو منزه عنه، أي ما أنا في شيء من اللهو واللعب.

وتعريفه في الجملة الثانية: لأنه صار معهودًا بالذكر، كأنه قال: ولا ذلك النوع مني، وإنما لم يقل ولا هو مني؛ لأن الصريح آكد وأبلغ.

وقيل: اللام في الدد لاستغراق جنس اللعب، أي ولا جنس اللعب مني، سواء كان الذي قلته أو غيره من أنواع اللعب واللهو... والكلام جملتان، وفي الموضعين مضاف محذوف تقديره: ما أنا من أهل دد ولا الدد من أشغالي.

(2) رواه البخاري في «الأدب المفرد» (٧٨٥)، والدولابي في «الأسماء والكنى» (٩٩٨)، والطبراني (٧٩٤)، والبزار (٦٢٣١)، والبيهقي (٢٠٩٦٥).

(3) في (ج) و(د): على المحارم.

وتُرَدُّ شَهادةُ من يَدخُلُ الحَمّامَ بلا إزارٍ؛ لأن كشفَ العَورةِ حَرامٌ، قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَعَنَ اللهُ النَّاظِرَ والْمَنظورَ إليه»[1]، وقَبولُ الشَّهادةِ كَرامةٌ، فلا يَستحِقُّها مُستحِقُّ اللَّعنِ والعُقوبةِ.

ومن يَأكُلُ الرِّبا؛ لأنه فاسِقٌ، وشَرَط في «الْمَبسوط» أن يَكونَ آكِلُ الرِّبا مَشهورًا به؛ لأن الإنسانَ قَلَّما يُمكِنُه التَّفادِي عن الأَسباب الْمُفسِدةِ للعَقد، وكلُّ ذلك رِبًا، فلهذا لا تَسقُطُ عَدالتُه إذا لم يكن مَشهورًا بأَكل الرِّبا مُصِرًّا عليه.

أو يُقامِرُ بنَردٍ وشِطرَنجٍ؛ لأنه كَبيرةٌ، وكذا من تَفوتُه الصَّلاةُ للاشتِغال بهما.

فأما مُجرَّدُ اللَّعِبِ بالشِّطرَنج بدُون القِمارِ: فليس بفِسقٍ مانِعٍ للشَّهادة، وإن كان مَكروهًا عندَنا؛ لأن للاجتِهاد فيه مَساغًا، فعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ هو مُباحٌ.

ومن يَلعَبُ بالنَّرد فهو مَردودُ الشَّهادةِ بكلِّ حالٍ.

وتُرَدُّ شَهادةُ من يَبولُ على الطَّريق، أو يَأكُلُ على الطَّريق، أو يُظهِرُ سبَّ السَّلَفِ؛ لأن هذه الأفعالَ تَدُلُّ على قُصور عقلِه ومُروءتِه، ومن لم يَمتنِع عنها لا يَمتنِعُ عن الكَذِب عادةً، بخِلاف من يَكتُمُه.

وتُقبَلُ لأخِيه وعمِّه وأبَوَيه رَضاعًا، وأُمِّ امرَأتِه، وبِنتِها[2]، وزوجِ بِنتِه، وامرَأةِ ابنِه وأبِيه.

وتُقبَلُ شَهادتُه لأخِيه وعمِّه وأبَوَيه رَضاعًا، وأُمِّ امرَأتِه، وبِنتِها، وزوجِ بِنتِه، وامرَأةِ ابنِه وأبِيه؛ لأن الأملاكَ بينَهم مُتميِّزةٌ، والأيدِيَ مُتحيِّزةٌ، ولا بُسوطةَ لبَعضهم في مال البعضِ، فلا تَتحقَّقُ التُّهمةُ.

---

(١) رواه أبو داود في «المراسيل» (٤٧٣)، والبيهقي (١٣٥٦٦)، والديلمي (٥٤٤١).

(٢) في (ع): وبنيها.

وأهلِ(ف) الهوى[1]، إلا الخطّابيّةَ[2].

وتُقبلُ شَهادةُ أهلِ الهوى، إلا الخطّابيّةَ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تُقبلُ شَهادةُ أهلِ الأهواءِ؛ لأنهم فَسَقةٌ؛ إذ الفِسقُ اعتِقادًا أغلَظُ من الفِسق تعاطِيًا، ولا شَهادةَ للفاسِق.

ولنا: أن الفاسِقَ إنما لا تُقبلُ شَهادتُه لتُهمة الكَذِبِ، والفِسقُ من حيث الاعتِقادُ لا يَدُلُّ على ذلك؛ لأنه إنما وَقَع في الهَوى للتَّعمُّق في الدِّين؛ ألا تَرى أن منهم من يُعظِّمُ الذَّنبَ حتى يَجعَلَه كُفرًا[3]، فيكونُ مُمتنِعًا عن الكَذِب، كمن تَناوَل الْمُثلَّثَ[4] أو مَتروكَ التَّسميةِ عمدًا مُعتقِدًا إباحتَه[5]، فإنه لا يَصيرُ به مَردودَ الشَّهادةِ.

وأما الخَطّابيّةُ: فهم صِنفٌ من الرَّوافِض يُنسَبون إلى أبي الخطّابِ، وهم يَدِينون بشَهادة الزُّورِ لِمُوافِقيهم على مُخالِفيهم، وقِيل: يَعتقِدون الشَّهادةَ لمن حَلَف عندَهم أنه مُحِقٌّ، ويَقولُون: الْمُسلِمُ لا يَحلِفُ كاذِبًا، فتَتمكَّنُ تُهمةُ[6] الكَذِبِ في شَهادتِهم.

والذِّمِّيِّ(ف ك) على غَيرِنا،..

---

(١) في (ن): الأهواء. والهوى بالقصر: ميل النفس إلى ما تستلذه من الشهوات من غير داعية الشرع، ذكره الراغب، وقال الحَرّالي: نزوعُ النفس لسفل شهواتها في مقابلة معتلى الروح المنبعث انبساطه. «التوقيف» ص٣٤٤.

(٢) الخطابية: طائفةٌ من الروافض، نسبة إلى أبي الخطاب محمد بن وهب الأسدي الأجدع، وكانوا يدينون بشهادة الزور لموافقيهم في العقيدة إذا حلف على صدق دعواه. «المصباح» ١/ ١٧٣.

(٣) يقصد الخوارج.

(٤) المثلث من عصير العنب: ما طبخ حتى ذهب ثلثاه. «المغرب» ص٦٨.

(٥) وهم الشافعية.

(٦) في (ب) و(هـ): شبهة.

والحَربيّ(ف ك) على مِثله، لا عليه(1).

وتُقبَلُ شَهادةُ أهلِ الذِّمّةِ بعضِهم على بعضٍ، وإن اختَلَفت مِلَلُهم.

وقال مالِكٌ والشّافعيُّ رَحِمَهُمَااللَّهُ: لا شَهادةَ لهم على أحدٍ؛ لأن الكافِرَ فاسِقٌ، قال الله تعالى: ﴿أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًا لَّا يَسْتَوُونَ﴾ [السَّجدة: ١٨]، وقال: ﴿هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾ [النور: ٤].

ولأن الفِسقَ عِبارةٌ عن الخُروج، وسُمِّي المُسلِمُ به: لخُروجه عن حدِّ الدِّينِ تعاطِيًا، والكافِرُ خَرَج عن حدِّ الدِّينِ اعتِقادًا، فوَجب التَّوقُّفُ في خَبَره بالنَّصّ(2)، ولهذا لا تُقبَلُ شَهادتُه على المُسلِم.

ومن لا يَكونُ من أَهل الشَّهادةِ على المُسلِم لا يَكونُ من أَهل الشَّهادةِ على أحدٍ، كالعَبد، بل أَولى؛ لأن الرِّقَّ من آثار الكُفرِ، فإذا كان أثَرُ الكُفرِ مُخرِجًا عن أهلِيّة الشَّهادةِ فأصلُ الكُفرِ أَولى، واعتَبَراه(3) بالمُرتدّ.

ولنا: ما رُوِي أنه صَلَّاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ رَجَم يَهوديَّين زَنَيا بشَهادة أربَعةٍ منهم(4).

---

(1) في سوى (م) و(ن): والذمي لغيرنا، والحربي لمثله لا له.

(2) أي بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٖ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾ [الحجرات: ٦].

(3) في (د): فاعتبراه، وفي (هـ): فاعتبره.

(4) أصل الحديث رواه البخاري (١٣٢٩)، ومسلم (١٦٩٩)، وذِكْر الشهود رواه أبو داود (٤٤٥٢) عن جابر بن عبد الله قال: جاءت اليهود برجل وامرأة منهم زنيا، فقال: «ائتوني بأعلم رجلين منكم»، فأتوه بابني صوريا، قال: فنشدهما كيف تجدان أمر هذين في التوراة؟ قالا: نجد في التوراة إذا شهد أربعة أنهم رأوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة رجما، قال: «فما يمنعكما أن ترجموهما؟»، قالا: ذهب سلطاننا، فكرهنا القتل، فدعا رسول الله صَلَّاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ بالشهود، فجاؤوا أربعة فشهدوا أنهم رأوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة، فأمر رسول الله صَلَّاللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ برجمهما.

وعن أبي مُوسى الأشعَريِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أجاز شَهادةَ النَّصارى بعضِهم على بعضٍ[1]، وعليه إجماعُ السَّلَفِ.

ولأنه من أَهل الوِلايةِ على نَفسه وأموالِه وأولادِه الصِّغارِ، فيَكونُ من أَهل الوِلايةِ على جِنسه[2] عندَ وُجودِ شرطِ تعدِّي وِلايتِه إلى الغَير، والشَّهادةُ نوعُ وِلايةٍ؛ لأنها تَنفيذُ القولِ على الغَير، والفِسقُ من حيث الاعتِقادُ لا يَمنَعُ القَبولَ؛ لأنه يَمتنِعُ عما يَعتقِدُه حَرامًا في دِينه، والكَذِبُ مَحظورٌ في الأَديان كلِّها.

وإنما لا تُقبَلُ شَهادتُهم على الْمُسلِمين: لانقِطاع وِلايتِهم عنّا بالنَّص[3]، ولأنهم مَقهورُون من جِهة الْمُسلِمين، وذا يَحمِلُهم على التَّقوُّل عليهم، ومِلَلُ الكُفرِ وإن اختَلَفت فلم يَصِر بعضُهم مقهورَ بعضٍ ليَحمِلَهم ذلك على التَّقوُّل.

وأما الْمُرتدُّ: فلا وِلايةَ له على أحدٍ.

ولا تُقبَلُ شَهادةُ الْمُستأمَنِ على الذِّمّيّ؛ لأن الذِّمّيَّ أَعلى حالًا منه؛ لكَونه من أَهل

---

(١) روى ابن ماجه (٢٣٧٤) عن جابر بن عبد الله: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض.

وقال في «نصب الراية» ٤/ ٨٥: روي أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض. قلت: غريب بهذا اللفظ، وهو غير مطابق للحكمين، فإن المصنف قال: وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض، وإن اختلفت مللهم، ثم استدل بالحديث، ولو قال: أهل الكتاب عوض النصارى لكان أولى، وموافقًا للحكمين، أعني اتحاد الملة واختلافها، هكذا أخرجه ابن ماجه في «سننه» عن مجالد عن الشعبي عن جابر بن عبد الله: أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض. انتهى.

(٢) في (ج): حقه.

(٣) أي بقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَتَّخِذُواْ ٱلْيَهُودَ وَٱلنَّصَٰرَىٰٓ أَوْلِيَآءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ وَمَن يَتَوَلَّهُم مِّنكُمْ فَإِنَّهُۥ مِنْهُمْ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يَهْدِى ٱلْقَوْمَ ٱلظَّٰلِمِينَ﴾ [المائدة: ٥١].

دارِنا، حتى لا يُمكَّنُ من الرُّجوع إلى دار الحربِ، بخِلاف الْمُستأمَنِ.

وتُقبَلُ شَهادةُ الذِّمِّيِّ عليه، كشَهادة الْمُسلِمِ عليه وعلى الذِّمِّيِّ.

وتُقبَلُ شَهادةُ الْمُستأمِنينَ بعضِهم على بعضٍ إذا كانوا من أهل دارٍ واحِدةٍ، فإن كانُوا من أَهل دارَين كالرُّوم والتُّركِ: لا تُقبَلُ؛ لأن الوِلايةَ[1] فيما بينَهم تَنقطِعُ باختِلاف الْمَنعَتَين، ولهذا لا يَجري التَّوارُثُ، بخِلاف دارِ الإسلامِ؛ فإنها دارُ أحكامٍ، فباختِلاف الْمَنَعةِ لا تَختلِفُ الدّارُ، فأما دارُ الحربِ: فليست بدار أحكامٍ، فباختِلاف الْمَنَعةِ تَختلِفُ الدّارُ.

وهذا بخِلاف أهلِ الذِّمّةِ؛ لأنهم صارُوا من أَهل دارِنا، فتُقبَلُ شَهادةُ بعضِهم على بعضٍ وإن كانُوا من مَنَعاتٍ مُختلِفةٍ، فأما الْمُستأمَنون: فما صارُوا من أَهل دارِنا، ولهذا يُمكَّنون من الرُّجوع إلى دار الحربِ.

فإن قِيل: الذِّمِّيُّ مع الْمُستأمَنِ مُختلِفان دارًا، وقد قُبِلت شَهادةُ الذِّمِّيِّ على الْمُستأمَن.

قُلنا: الذِّمِّيُّ بعَقد الذِّمّةِ صار كالْمُسلِم، وتُقبَلُ شَهادةُ الْمُسلِمِ على الْمُستأمَن، فكذا شَهادتُه على الْمُستأمَن، بخِلاف الرُّوميِّ والتُّركيِّ؛ لاستِوائهما، وقد اختَلَفت الدّاران[2]، فامتَنَع القَبولُ.

ومن أَلَمَّ[3] ....

(١) في (هـ): الوراثة.

(٢) في (أ): الدار.

(٣) ألمّ الرجُل: من اللمم، وهو صغائر الذنوب، وقال:

إن تغفر اللهم تغفر جمًّا ... وأي عبد لك لا ألمّا

وقيل: الإلمام: المقاربة من المعصية من غير مواقعة، وقال الأخفش: اللمم: المتقارب من=

بصَغيرةٍ[1] إن اجتَنَب الكَبائِرَ[2].

وتُقبَلُ شَهادةُ من ألَمَّ بصَغيرةٍ إن اجتَنَب الكَبائرَ، وكانت[3] حَسَناتُه أغلَبَ من سَيِّئاته، هذا هو الصَّحيحُ في حدِّ[4] العَدالةِ المُعتبَرةِ.

والأصلُ: أن العَدالةَ شرطٌ للعَمَل بالشَّهادة، وهي الاستِقامةُ، يُقالُ: (طَريقٌ عَدْلٌ) للجادّة، وذا بالإسلام واعتِدالِ العقلِ، ولكن يُعارِضُهما هوًى يُضِلُّه ويَصُدُّه عن الاستِقامة.

وليس لكَمال الاستِقامةِ حدٌّ يُدرَكُ مَداه، ويُوقَفُ على مُنتهاه؛ لأنها بتَقدير الله ومَشيئتِه تَعالى تَتفاوتُ، فاعتُبِر في ذلك ما لا يُؤدِّي إلى الحَرَج وتَضييعِ حُدودِ الشَّرعِ، وهو رُجحانُ جِهةِ الدِّينِ والعقلِ على الهَوى والشَّهوةِ، فقِيل: من ارتكَب كَبيرةً، أو أصَرَّ على صَغيرةٍ: سَقَطت عَدالتُه، وصار مُتَّهَمًا بالكَذِب؛ لظُهور رُجحانِ الهَوى والشَّهوةِ على ما هو المانِعُ، وهو عقلُه ودينُه.

وأما الإلمامُ بالصَّغيرة: فلا يَقدَحُ في العَدالة المَشروطةِ؛ لأنّا لو شَرَطنا العِصمةَ عن

=الذنوب. قلت: قال الأزهري: قال الفراء: ﴿إِلَّا ٱللَّمَمَۚ﴾: معناه إلا المتقارب من الذنوب الصغيرة. «المختار» ص٢٨٥.

(١) الصغيرة: مؤنث الصغير، وأيضًا من المعاصي خلاف الكبيرة. «التعريفات الفقهية» ص١٢٨، وفي «التعريفات» ص١٨٣: الكبيرة: هي ما كان حرامًا محضًا، شرعت عليه عقوبةٌ محضةٌ، بنص قاطع في الدنيا والآخرة. انتهى. قلت: وفي حدهما خلاف كبير بين العلماء ليس محل ذكره هنا.

(٢) انظر التعليق السابق.

(٣) في (ب): فكانت.

(٤) في (د): حق.

الكلُ لتعطَّلت الحُقوقُ[١].

وأيُّ عــبــدٍ لـــك لا ألَــمَّــا[٢]

ثم قِيل: الكَبيرةُ: ما سُمِّي فاحِشةً في الشَّرع، كاللِّواطة والزِّنى، أو شُرِع عليها عُقوبةٌ بنصٍّ قاطِعٍ في الدُّنيا بالحدّ، أو الوَعيدِ بالنّار في العُقبى، كالسَّرِقة وأكلِ مالِ اليَتيمِ.

وما لم يُسَمَّ فاحِشةً في الشَّرع، ولا شُرِع عليها عُقوبةٌ في إحدى الدّارَين، كالغَمزة[٣] والقُبلةِ: فهو صَغيرةٌ.

وقِيل: ما كان حَرامًا لعَينه[٤] فهو كَبيرةٌ، وما كان حَرامًا لغَيره فهو صَغيرةٌ.

والأَصَحُّ: أن ما كان شَنيعًا بينَ الْمُسلِمين، وفيه هتكُ حُرمةِ اللهِ تَعالى والدِّينِ: فهو كَبيرةٌ، وإلا فهو صَغيرةٌ.

والأقلَفِ، والخَصِيِّ، ووَلَدِ الزِّنى، والخُنثى[٥]، والعُمّالِ[٦].

وتُقبَلُ شَهادةُ الأقلَفِ بظاهرِ الآيِ والأخبارِ، وعن ابن عبّاسٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: لا تُقبلُ شَهادتُه[٧].

---

(١) في (هـ): لتعطلت الحدود والحقوق.

(٢) في حاشية (ج): أوله: (إن تغفر اللهم فاغفر جَمًّا).

(٣) غَمَزه غمزًا -من باب ضرب-: أشار إليه بعين أو حاجب، وليس فيه غَمِيزةٌ ولا مَغْمَز: أي عيب، وغمزته بيدي: من قولهم غمزت الكبش بيدي: إذا جسسته لتعرف سمنه، وغَمَز الدابةُ في مشيه غمزًا، وهو شبيه العرج. «المصباح» ٢/ ٤٥٣. قلت: ولعل المقصود هنا اللجسّ.

(٤) في (ج): بعينه.

(٥) الخنثى في اللغة: من الخَنْث، وهو اللين، وفي الشريعة: شخص له آلتا الرجال والنساء، أو ليس له شيءٌ منهما أصلًا. «التعريفات» ص١٠١.

(٦) أي لمن يعملون عنده.

(٧) رواه عبد الرزاق (٨٥٦٢)، وابن أبي شيبة (٢٣٣٣٤).

وإنما تُقبَلُ عندَنا إذا تَرَكه بعُذر الكِبَرِ أو خوفِ الهَلاكِ، فإن تَرَكه على وَجه الإعراضِ عن السُّنّة والاستِخفافِ بالدِّين: فلا تُقبَلُ شَهادتُه؛ لأنه لم يَبقَ به عَدْلًا.

وتُقبَلُ شَهادةُ الخصِيِّ وولَدِ الزِّنى والخُنثى؛ لأن هؤلاء جَرى عليهم أُمورٌ بلا اختِيارهم، فلا تَختلُّ بها العَدالةُ والتَّميزُ، وقد قَبِل عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ شَهادةَ عَلقمةَ الخصِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ[1].

وقال مالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا تُقبَلُ شَهادةُ ولَدِ الزِّنى في الزِّنى، وتُقبَلُ في سائِر الحُقوقِ؛ لتَمكُّنِ التُّهَمةِ؛ فإنه يُريدُ أن يَكونَ غيرُه مِثلَه.

قُلنا: العَدْلُ لا يُتَّهَمُ بمِثله، والكَلامُ فيه.

والخُنثى رَجُلٌ أو امرَأةٌ، وشَهادتُهما مَقبولةٌ.

وتُقبَلُ شَهادةُ العُمّالِ -والْمُرادُ: عُمّالُ السُّلطانِ الذين يَأخُذون الحُقوقَ الواجِبةَ، كالخَراج ونحوِه- عندَ الجُمهورِ؛ لأن نفسَ العمَلِ ليس بفِسقٍ، فبعضُ أصحابِ رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كانُوا عُمّالًا[2].

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (٢٣٢١٩)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٨٦.

(٢) كان للنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عمال يستعملهم على الصدقات والقضاء وغيرهما، ومنهم سيدنا عمر وعلي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، روى مسلم (١٠٤٥) عن ابن الساعدي المالكي أنه قال: استعملني عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ على الصدقة، فلما فرغت منها وأديتها إليه، أمر لي بعمالة، فقلت: إنما عملت لله وأجري على الله، فقال: خذ ما أعطيت، فإني عملت على عهد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فعمّلني، فقلت مثل قولك، فقال لي رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذا أعطيت شيئًا من غير أن تسأل فكل وتصدق».

وانظر أيضًا في «سبل الهدى والرشاد» ١١/ ٣٢٥: جماع أبواب القضاة والفقهاء والمفتين وحفاظ القرآن من أصحابه في أيامه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وذكر وزرائه وأمرائه وعماله على البلاد، وخلفائه على المدينة إذا سافر.

قالُوا: هذا كان في عَصرهم؛ لأن الغالِبَ عليهم الصَّلاحُ، فأما الذين في زَمانِنا: فلا تُقبَلُ شَهادتُهم؛ لغَلَبة ظُلمِهم.

والحاصِلُ: أنهم إن كانُوا عُدولًا تُقبَلُ شَهادتُهم، وإلا لا.

وذَكَر شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخسيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: أن العامِلَ إذا كان وَجيهًا في النّاس، ذا مُروءةٍ، لا يُجازِفُ في كَلامه: تُقبَلُ شَهادتُه؛ لأنه لوَجاهته لا يُقدِمُ على الكَذِب؛ حِفظًا للمُروءة، ولِمَهابته لا يُستأجَرُ على أداء الشَّهادةِ زُورًا.

أما إذا كان ساقِطَ الْمَنزِلةِ عندَ النّاسِ، أو مُجازِفًا في كَلامه: لا تُقبَلُ شَهادتُه.

وقِيل: الْمُرادُ بالعُمّال: الأُمَراءُ، وقِيل: الذين يَعمَلون بأَبدانهم، ويُؤْجِرون أنفُسَهم.

والْمُعتَقِ للمُعتِق.

وتُقبَلُ شَهادةُ الْمُعتَقِ للمُعتِق؛ لِما رُوِي أن الحسَنَ شَهِد لعليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا مع قَنبَرٍ مَولى عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عندَ شُرَيحٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بدِرعٍ له، فقال شُرَيحٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: ائتِ بشاهِدٍ آخرَ، فقال عليٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: مَكانَ الحسَنِ أو مَكانَ قَنبرٍ[1]؟ فقال: لا، بل مَكانَ الحسَنِ[2].

---

(١) في (أ): رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

(٢) روى أبو نعيم في «الحلية» ٤/١٣٨ وابن الجوزي في «العلل المتناهية» (١٤٦٠): عن إبراهيم بن يزيد التيمي عن أبيه قال: وَجد علي بن أبي طالب درعًا له عند يهودي التقطها فعرفها، فقال: درعي، سقطت عن جمل لي أورق، فقال اليهودي: درعي وفي يدي، ثم قال له اليهودي: بيني وبينك قاضي المسلمين، فأتوا شريحًا، فلما رأى عليًّا قد أقبل تحرف عن موضعه وجلس عليٌّ فيه، ثم قال علي: لو كان خصمي من المسلمين لساويته في المجلس، ولكني سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: «لا تساووهم في المجلس، وألجئوهم إلى أضيق الطرق، فإن سبوكم فاضربوهم، وإن ضربوكم فاقتلوهم»، ثم قال شريح: ما تشاء يا أمير المؤمنين؟ قال: درعي سقطت عن جمل لي أورق، والتقطها هذا اليهودي، فقال شريح: ما تقول يا يهودي؟ قال: درعي وفي يدي، فقال شريح: صدقت والله يا أمير المؤمنين، إنها=

وارِثان، أو غَريمان، أو وَصِيّان، أو مُوصًى لهما.. شَهِدا أنه وَصِيُّه، وادَّعى: تُقبَلُ، وإلا لا.

ولو شهد رَجُلان أن أَباهما أَوصى إلى فُلانٍ، والوصيُّ يَدَّعي الوِصايةَ: تُقبَلُ الشَّهادةُ استِحسانًا، وإن أنكَر الوصِيُّ ذلك لم تُقبَل، والقِياسُ: أن لا تُقبَلَ وإن ادَّعى.

وعلى هذا: إذا شَهِد غَريمان لهما على الميْت دَينٌ، أو غَريمان للمَيْت عليهما دَينٌ، أو الوصِيّان، أو الْمُوصَى لهما.. بأن الميْتَ أَوصى إلى فُلانٍ.

وجهُ القِياسِ: أن الشّاهِدَين يَجُرّان إلى أنفُسهما مَغنَمًا بشَهادتهما، فتُرَدُّ؛ وهذا لأن الوارِثَين قَصَدا بهذه الشَّهادةِ نصبَ من يَتصرَّفُ لهما ويَقومُ بإِحياء حُقوقِهما، والغَريمان قَصَدا نصبَ من يَستوفِيان منه حقَّهما، أو يَبرآن بالدَّفع إليه، والوصِيَّين[1]

= لدرعك، ولكن لابد من شاهدين، فدعا قنبرًا مولاه والحسن بن علي، وشهدا أنها لدرعه، فقال شريح: أما شهادة مولاك فقد أجزناها، وأما شهادة ابنك لك فلا نجيزها، فقال علي: ثكلتك أمك، أما سمعت عمر بن الخطاب يقول: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الحسن والحسين سيدا شباب أهل الجنة»؟ قال: اللهم نعم، قال: أفلا تجيز شهادة سيد شباب أهل الجنة؟ والله لأوجهنك إلى بانقيا تقضي بين أهلها أربعين يومًا، ثم قال لليهودي: خذ الدرع، فقال اليهودي: أمير المؤمنين جاء معي إلى قاضي المسلمين، فقضى عليه ورضي، صدقت والله يا أمير المؤمنين إنها لدرعك، سقطت عن جمل لك، التقطتها، وأشهد أن لا إله إلا الله، وأن محمدًا رسول الله، فوهبها له علي، وأجازه بتسعمائة، وقتل معه يوم صفين.

ورواه الجورقاني في «الأباطيل والمناكير والصحاح والمشاهير» (٢٨١).

ورواه بلفظ قريب البيهقي (٢٠٤٦٥) وقال: قال: فقال الشعبي: لقد رأيته يقاتل المشركين. هذا لفظ حديث أبي زكريا، وفي رواية ابن عبدان قال: يا شريح! لولا أن خصمي نصراني لجثيت بين يديك، وقال في آخره: قال: فوهبها علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ له، وفرض له ألفين، وأصيب معه يوم صفين، والباقي بمعناه، وروي من وجه آخر أيضًا ضعيف عن الأعمش، عن إبراهيم التيمي.

(١) في (ب): والوصيان.

قَصدا نصبَ من يُعينهما على التَّصرُّف في مال الميْتِ، والمُوصَى لهما قَصَدا نصبَ من يَدفَعُ إليهما حُقوقَهما.

وجهُ الاستِحسانِ: أن القاضِيَ يَملِكُ نصبَ الوصِيِّ إذا كان الوصِيُّ طالِبًا والموتُ مَعروفًا، فلا يَثبُتُ للقاضِي بهذه الشَّهادةِ ولايةٌ[1] لم تكن، وإنما أسقَطا عنه[2] مُؤنةَ التَّعيينِ: لأن القاضِيَ يَلزَمُه أن يَتأمَّلَ في هذا الوصِيِّ أنه هل يَصلُحُ للوِصاية لأَمانته ودِيانتِه وهِدايتِه، أم لا يَصلُحُ، وهما بهذه الشَّهادةِ زَكَّياه، وأخبَرا القاضِيَ بأنه أهلٌ لذلك، فكُفِيت عنه مُؤنةُ التَّعيينِ، وصارت كالقُرعة، فإنها ليست بحُجّةٍ، ويَجوزُ استِعمالُها في تَعيين الأنصِباءِ لدَفع التُّهمةِ عن القاضِي.

فإن قِيل: إذا كان للمَيْت وَصِيّان فالقاضِي لا يَحتاجُ إلى نَصب وصِيٍّ آخرَ عن الميْت.

قُلنا: إذا أخبَرَ الوَصِيّان أن معهما ثالِثًا مَلَك القاضِي نصبَ ثالِثٍ معهما؛ لعَجزهما عن القِيام بأُمور الميْتِ بإقرارهما، بخِلاف ما إذا كان الوصِيُّ جاحِدًا؛ لأن القاضِيَ ليس له إجبارُ أحدٍ على قَبول الوِصايةِ[3].

وبخِلاف ما إذا لم يكن الموتُ ظاهِرًا؛ لأنه حينَئذٍ لم يكن له وِلايةُ نصبِ الوصِيِّ إلا بهذه البيِّنةِ، فتَصيرُ الشَّهادةُ مُوجِبةً، فتَبطُلُ بمَعنى التُّهمةِ.

وفي الغَريمَين للمَيْت عليهما دَينٌ تُقبَلُ الشَّهادةُ، وإن لم يكن الموتُ[4] مَعروفًا،

---

(١) في سوى (ج): ولأنه. وانظر «البناية» ٩/ ١٦١، و«الفتح» ١٠/ ٥١٣.

(٢) في (هـ): ولأنه لو لم يكن قائمًا أسقطنا عنه.

(٣) في (هـ): الوصية.

(٤) في (هـ): المورث.

لأنهما يُقِرّان على أنفُسهما بثُبوت وِلايةِ القبضِ للمَشهود له، فانتَفَت التُّهمةُ، ويَثبُتُ موتُ ربِّ[1] الدَّينِ بإقرارهما في حقِّهما.

وقِيل: مَعنى القَبولِ: أمرُ القاضِي إيّاهما بأَداء ما عليهما إليه، لا لإبرائهما عن الدَّين بهذا الأداءِ؛ لأن استِيفاءَ الدَّينِ منهما حقٌّ عليهما، فيُقبَلُ فيه، والبَراءةَ حقٌّ لهما[2]، فلا تُقبَلُ فيها.

كالوَكالة، والشَّهادةِ على الجَرْح[3].

وإن شَهِدا أن أَباهما الغائِبَ وَكَّله بقَبض دَينِه بالكُوفة، وادَّعى الوَكيلُ أو أنكَر: لا تُقبَلُ شَهادتُهما؛ لأنه ليس للقاضِي وِلايةُ نصبِ الوَكيلِ عن الغائِب، فلو ثَبَتت هذه الوِلايةُ لثَبَتت[4] بشَهادتهما.

وقد تَمكَّنت التُّهمةُ في شَهادتهما؛ لأنهما يَشهَدان لأبِيهما، ولأنه يُحتمَلُ أنهما تَواضعا مع من عَيَّناه للوَكالة على أَخذ المالِ.

ولا تُقبَلُ الشَّهادةُ على الجَرح الْمُجرَّدِ، أي: على ما يَتضمَّنُ تَفسيقَ الشُّهودِ من غَير

---

(١) في (هـ): ويثبت مورث رب.

(٢) في (أ): عليهما.

(٣) جرحت الشاهد: إذا أظهرت فيه ما ترد به شهادته. «التوقيف» ص١٢٤.

الجرح بالفتح: إظهار فسق الشاهدين، فإن تضمن إثبات حق لله وللعبد: فهو غير مجرد، وإلا فمجرد. «التعريفات الفقهية» ص٧٠.

الجرح المجرد: هو ما يفسق به الشاهد، ولم يوجب حقًا للشرع، كما إذا شهد أن الشاهدين شربا الخمر ولم يتقادم العهد، أو للعبد، كما إذا شهد أنهما قتلا النفس عمدًا، أو الشاهد الفاسق، أو أكل الربا، أو المدعي استأجره. «التعريفات» ص٧٥.

(٤) في (ب): فلو لم تثبت هذه الولاية لثبتت.

أن يَتضمَّنَ إيجابَ حقٍّ من حُقوق الشَّرعِ، أو حقًّا من حُقوق العِبادِ، نحوَ: أن يَشهَدوا أن شُهودَ الْمُدَّعي فَسَقةٌ، أو زُناةٌ، أو أَكَلةُ الرِّبا، أو شَرَبةُ الخمرِ، أو على إِقرارهم أنهم شَهِدوا بالزُّور، أو على إِقرارهم أنهم أُجَراءُ في أَداء هذه الشَّهادةِ، أو على إِقرارهم أن الْمُدَّعيَ مُبطِلٌ في هذه الدَّعوى، أو على إِقرارهم أنه لا شَهادةَ لهم على الْمُدَّعى عليه في هذه الحادِثةِ.

وإنما لم تُقبَل: لأن البَيِّنةَ إنما تُقبَلُ على ما يَدخُلُ تحتَ الحُكمِ وفي وُسع القاضِي إلزامُه، والفِسقُ مما لا يَدخُلُ تحتَ الحُكمِ، وليس في وُسع القاضِي إلزامُه؛ لأنه يَدفَعُه بالتَّوبة، ولأن الشّاهدَ بهذه الشَّهادةِ صار فاسِقًا؛ لأن فيها إشاعةَ الفاحِشةِ بلا ضَرورةٍ، وهي حَرامٌ بالنَّصّ[1]، والْمَشهودُ به لا يَثبُتُ بشَهادة الفاسِقِ.

ولا يُقالُ: إن فيه ضَرورةً، وهي كفُّ الظّالمِ عن الظُّلم بالشَّهادة الكاذِبةِ، وقد قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «انصُر أَخاك ظالِمًا أو مَظلومًا»[2]: لأنه لا ضَرورةَ إلى هذه الشَّهادةِ على ملأٍ من النّاس، ويُمكِنُه كفُّه عن الظُّلم بإِخبار القاضِي بذلك سِرًّا.

إلا إذا شَهِدوا على إِقرار الْمُدَّعي أنهم فَسَقةٌ، أو شَهِدوا بزُورٍ أو نحوِه؛ لأنهم ما شَهِدوا بإِظهار الفاحِشةِ، وإنما حَكَوا إظهارَ الفاحِشةِ عن غَيرهم، فلا يَصِيرون فاسِقِين، فيَثبُتُ الْمَشهودُ به.

وكذا الإقرارُ مما[3] يَدخُلُ تحتَ الحُكمِ، ويَقدِرُ القاضِي على الإلزام؛ لأنه لا يَرتفِعُ بالتَّوبة.

---

(١) أي بقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلْفَٰحِشَةُ فِى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْءَاخِرَةِ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النور: ١٩].

(٢) رواه البخاري (٢٤٤٣).

(٣) في (ب): بما.

وكذا لو أقام الْمُدَّعى عليه البيِّنَةَ أن الْمُدَّعِيَ استأجر الشُّهودَ لأداء الشَّهادةِ: لم تُقبَل؛ لأنه شَهادةٌ على جَرحٍ مُجرَّدٍ، والاستِئجارُ وإن كان أمرًا زائِدًا على الجَرح.. ولكنه لا خصمَ في إثباته؛ إذ لا تَعلُّقَ له بالأجرة..

حتى لو أقام الْمُدَّعى عليه البيِّنَةَ أن الْمُدَّعِيَ استأجر الشُّهودَ بعَشَرة دَراهِمَ لأداء الشَّهادةِ، وأعطاهم العشرةَ من مالِي الذي كان في يَده: تُقبَلُ؛ لأنه خصمٌ في ذلك، ثم يَثبُتُ الجَرحُ بِناءً عليه.

وكذا لو أَقام الْمُدَّعى عليه البيِّنَةَ على أني صالَحتُ الشُّهودَ على كذا من المال، ودَفَعتُه إليهم، على أن لا يَشهَدوا عليَّ بهذا الباطِلِ، فإذا شَهِدوا فعليهم أن يَرُدُّوا ذلك المالَ عليّ: تُقبَلُ بيِّنتُه؛ لأن فيه ضَرورةً ليَصِلَ إلى ماله، حتى لو قال: (لم أُعطِهم المالَ) لم تُقبَل؛ لأن فيه إظهارَ الفاحِشةِ بلا ضَرورةٍ.

ولهذا قُلنا: لو أَقام الْمُدَّعى عليه البيِّنَةَ على جَرحٍ فيه حقٌّ من حُقوق العِبادِ أو حقٌّ من حُقوق الشَّرعِ، بأن أَقام البيِّنَةَ أنهم زَنَوا، ووَصَفوا الزِّنى، أو شَرِبوا الخمرَ، أو سَرَقوا مني كذا، ولم يَتقادَم العهدُ، أو أنهم عَبيدٌ، أو أَحدُهم عبدٌ أو شَريكُ الْمُدَّعي، والْمُدَّعى مالٌ، أو قاذِفٌ والْمَقذوفُ يَدَّعيه، أو مَحدودُون[1] في القَذف، أو على إِقرار الْمُدَّعي أنه استأجَرهم على هذه الشَّهادةِ: تُقبَلُ؛ لِمَكان الحاجةِ إلى إِحياء هذه الحُقوقِ.

وفيما إذا شَهِدوا أنهم مَحدودُون في قذفٍ ليس فيه إشاعةُ الفاحِشةِ؛ لأن الإظهارَ حَصَل بالقَضاء، وإنما حَكَوا عن إظهار الفاحِشةِ من الغَير.

شَهِد، ولم يَبرَح[2] فقال: (أخطَأتُ): تُقبَلُ لو عَدْلًا.

---

(١) في (أ) و(هـ): محدود.

(٢) بَرِح الشيءُ يَبرَح -من باب تعب- بَراحًا: زال من مكانه، ومنه قيل لليلة الماضية البارحة،=

ومن شَهِد ولم يَبرَح حتى قال: (أُوهِمتُ بعضَ شَهادتِي): تُقبَلُ شَهادتُه إن كان عَدْلًا.

وقولُه: (أُوهِمتُ) أي: أخطَأتُ بذِكر زِيادةٍ كانت باطِلةً، أو: أخطَأتُ بنِسيان ما كان يَجِبُ عليَّ ذِكرُه.

وإنما وَجَب القَبولُ منه إذا كان عَدْلًا: لأنه قد يُبتلى بالغَلَط لِمَهابة مَجلِسِ القَضاءِ، فوَضَح العُذرُ، فيُقبَلُ إذا تَدارَكه في أَوانه وهو عَدْلٌ.

فإن قام عن الْمَجلِس، ثم عاد وقال: (أُوهِمتُ بعضَ شَهادتِي): لا يُقبَلُ ذلك منه؛ لجَواز أنه غَرَّه الْمُدَّعي أو الْمُدَّعى عليه بأَطماع حُطامِ الدُّنيا.

ثم قِيل: يُقضى بجَميع ما شَهِد؛ لأن ما شَهِد به صار حقًّا للمُدَّعي على الْمُدَّعى عليه، فلا يَبطُلُ بقَوله: (أُوهِمتُ).

وقِيل: يُقضى بما بَقِي، حتى لو شَهِد بالألف، ثم قال: (غَلِطتُ في خَمسِمائةٍ، بل هو خَمسُمائةٍ): يُقضى عليه بخَمسِمائةٍ؛ لأن ما حَدَث بعدَ الشَّهادةِ قبلَ القَضاءِ يُجعَلُ كحُدوثه عندَ الشَّهادةِ، ولو شَهِد بخَمسِمائةٍ لم يُقضَ بألفٍ، كذا هنا، وإليه مال شمسُ الأئِمّةِ السَّرَخسيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وهذا إذا كان مَوضِعَ شُبهةٍ كما بَيَّنّا، فأما إذا لم يكن: فلا بأسَ بإِعادة الكَلامِ، مِثلَ أن يَدَعَ لفظَ الشَّهادةِ وما يَجري مَجرى ذلك، وإن قام عن الْمَجلِس، بعدَ أن يَكونَ عَدْلًا.

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: أنه يُقبَلُ قولُه في غَيرِ الْمَجلِسِ إذا كان عَدْلًا، والظّاهِرُ هو الأوّلُ.

=والعرب تقول قبل الزوال: فعلنا الليلة كذا، لقربها من وقت الكلام، وتقول بعد الزوال: فعلنا البارحة. «المصباح» ١/ ٤٢.

وعلى هذا: لو وَقَع الغلَطُ في ذِكر بعضِ الحُدودِ، أو في بَعض النَّسَبِ، ثم تَذكَّر ذلك[1]: تُقبَلُ؛ لأنه قد يُبتلى به في مَجلِس القاضِي، فتَدارُكُه في مَجلِسه دَليلُ تيقُّظِه واحتِياطِه في أَداء الشَّهادةِ، واللهُ أعلَمُ.

(١) في (هـ): بعد ذلك. وهو خطأ، وفيه تغيير للحكم.

بَابُ الاخْتِلَافِ فِي الشَّهَادَةِ

شُرِط الاتِّفاقُ بينَ الدَّعوى، والشَّهادةِ، ولَفظَي الشّاهِدَين[1].

الأصلُ: أن البيِّنَةَ على حُقوق العِبادِ لا تُقبَلُ بدُون الدَّعوى من مُدَّعٍ؛ لأن حُقوقَ الإنسانِ تَتوقَّفُ[2] على مُطالَبته أو مُطالَبةِ من يَقومُ مَقامَه.

وأن الاتِّفاقَ شرطٌ بينَ الدَّعوى[3] والشَّهادةِ؛ لوُجود[4] الدَّعوى فيما يُوافِقُها، وعدَمِها فيما يُخالِفُها، وبينَ الشّاهِدَين[5]؛ لأن القَضاءَ إنما يَجوزُ بحُجَّةٍ، وهي شَهادةُ الْمَثنى، فما لم يَتَّفِقا فيما شَهِدا به لا تَثبُتُ الحُجَّةُ.

والْمُوافَقةُ الْمُطلَقةُ[6]: في اللَّفظ والْمَعنى عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

والْمُرادُ باتِّفاقهما لفظًا: تَطابُقُ لفظِهما على إفادة الْمَعنى بطَريق الوضعِ لا بطَريق التَّضمُّنِ.

شَهِد شاهِدٌ بدِرهَمٍ، وآخَرُ بدِرهَمَين إلى خَمسةٍ، أو واحِدٌ بألفٍ، وآخَرُ بألفَين: رُدَّت[س م]، وبألفٍ ونِصفِه، وهو يَدَّعي الأكثَرَ: لا.

---

(١) في (ع): الشهادة.

(٢) في (ب): لأن من حقوق الإنسان ما يتوقف.

(٣) في (ج) و(د) بين المدعي.

(٤) في (ب): لوجوب.

(٥) أي الأصل أن الاتفاق شرط بين الشاهدين.

(٦) أي بين شهادة الشاهدين.

فإن ادَّعى رَجُلٌ على آخرَ مِائةَ دِرهَمٍ، فشَهِد شاهِدٌ بدِرهَمٍ، وآخَرُ بدِرهَمَين، وآخَرُ بثَلاثةٍ، وآخَرُ بأربَعةٍ، وآخَرُ بخَمسةٍ: لم تُقبَل عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لعَدَم الْمُوافَقةِ لفظًا، وعندَهما: يُقضى بأربَعةٍ.

وكذا إن شَهِد أحَدُهما بألفٍ، والآخَرُ بألفَين: لم تُقبَل عندَه، وعندَهما: تُقبَلُ على الأَلف إذا كان الْمُدَّعي يَدَّعي الألفَين.

وعلى هذا: الْمِائةُ والْمِائتان، والطَّلْقةُ والطَّلْقتان والثَّلاثُ.

لهما: أنهما اتَّفَقا على الأقَلّ، وتَفرَّد أحَدُهما بزِيادةٍ، فما اتَّفَقا عليه ثَبَت، ولم يَثبُت ما تَفرَّد به أحَدُهما، كما في الأَلف وألفٍ وخمسِمائةٍ، ولكن الشَّرطُ أن يَدَّعيَ الْمُدَّعي الأكثَرَ؛ لأنه إذا ادَّعى الأقَلَّ فقد كَذَّب شاهِدَه في الزِّيادة، بخِلاف ما لو ادَّعى الأكثَرَ؛ لأنه يَدَّعي ما شَهِد به صاحِبُ الأقَلِّ وزِيادةً، فلا يَكونُ مُكذِّبًا.

وله: أنهما اختَلَفا لفظًا ومَعنًى، فلا تُقبَلُ شَهادتُهما، كما لو شَهِد أحَدُهما بالدَّراهِم، والآخَرُ بالدَّنانير؛ وهذا لأن لفظَ الألفَين غيرُ لفظِ الألفِ، وما يُرادُ بالألفَين غيرُ ما يُرادُ بالألف في ضِمنه، فلم يَثبُت واحِدٌ من اللَّفظَين؛ لأنه ليس على كلِّ واحِدٍ من اللَّفظَين إلا شَهادةَ واحِدٍ[1].

فإن قِيل: الألفُ مَوجودٌ في الألفَين.

قُلنا: نعم، إذا ثَبَت الألفان يَثبُتُ الألفُ في ضِمنه، فإذا لم يَثبُت الْمُتضمِّنُ كيف يَثبُتُ ما في ضِمنه؛ ألا تَرى أنه لو شَهِد أحَدُهما أنه قال لامرَأته: (أنت خَلِيَّةٌ)، وشَهِد الآخَرُ أنه قال لها: (أنت بَرِيَّةٌ): لا يَثبُتُ شيءٌ وإن اتَّفَق الْمَعنى.

فإن شَهِد أحَدُهما بألفٍ، والآخَرُ بألفٍ وخمسِمائةٍ، والْمُدَّعي يَدَّعي الألفَ

(١) في (ب): واحدة.

وخَمسَمائةٍ: تُقبَلُ الشَّهادةُ على الألف؛ لأن الشّاهِدَين اتَّفَقا على الألف لفظًا ومَعنًى، فيَثبُتُ ما اتَّفَقا عليه؛ وهذا لأن ذِكرَ الخَمسِمائةِ على سَبيل العطفِ، والْمَعطوفُ غيرُ الْمَعطوفِ عليه، فكان كَلِمتَين، والألفان كَلِمةٌ واحِدةٌ.

ونَظيرُه: الطَّلْقةُ والطَّلْقةُ والنِّصفُ، والْمِائةُ والْمِائةُ والخَمسون.

بخِلافِ العشَرةِ وخَمسةَ عشَرَ؛ لأنهما صارا ككَلِمةٍ واحِدةٍ باعتِبار التَّركيبِ، وليس بينَهما حرفُ العطفِ، فكان نَظيرَ الألفِ والألفَين.

وإن قال الْمُدَّعي: (لم يكن إلا الألفُ): فشَهادةُ الذي شَهِد بالألف وخمسِمائةٍ باطِلةٌ؛ لأن الْمُدَّعيَ كَذَّبه في الزِّيادة، فلم يَبقَ له إلا شاهِدٌ واحِدٌ، فلم يُقضَ به.

وكذا إذا سَكَت إلا عن دَعوى[1] الألفِ؛ لأن التَّكذيبَ ظاهِرٌ، فلا بُدَّ من التَّوفيق، ولم يُوجَد، حتى لو وَفَّق فقال: (كان أصلُ حقِّي ألفًا وخمسَمائةٍ كما شَهِد به ذلك الشّاهدُ، ولكني استَوفيتُ خمسَمائةٍ -أو أبرَأتُه عنها- ولا يَعلَمُ بذلك الشّاهدُ): قُبِلت؛ لزَوال التَّكذيبِ بالتَّوفيق.

شَهِدا بألفٍ، وقال أحَدُهما: (قَضى نِصفَه): تُقبَلُ بألفٍ[س1]، ولا يَشهَدُ حتى يُقِرَّ بما قَبَض.

ولو شَهِدا بألفٍ، وقال أحَدُهما: (قَضاه خمسَمائةٍ): تُقبَلُ شَهادتُهما بألفٍ؛ لأنهما اتَّفَقا عليه، ولم يُسمَع قولُه أنه قَضاه؛ لأنه شَهادةُ فردٍ، إلا أن يَشهَدَ معه آخَرُ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: أنه يُقضى بخَمسِمائةٍ؛ لأن مَضمونَ شَهادةِ شاهِدِ القَضاءِ أن لا دَينَ إلا خمسُمائةٍ.

---

(١) في (ب): إذا سكت الآخر عن دعوى.

وينبَغي للشّاهِد إذا عَلِم بذلك أن لا يَشهَدَ بألفٍ حتى يُقِرَّ[1] الْمُدَّعي أنه قَبَض خمسَمائةٍ؛ لئلا يَكونَ إعانةً على الظُّلم.

ولو شَهِدا على رَجُلٍ بقَرض ألفِ دِرهَم، فشَهِد أحَدُهما أنه قد قَضاه، وقال الْمُدَّعي: (لم يَقضِها): جازت الشَّهادةُ على القَرض؛ لاتِّفاقهما على القَرض، وقد تَفرَّد أحَدُهما بالقَضاء، فلم يَثبُت؛ لأن قولَ الواحِدِ شطرُ الحُجّةِ.

وذَكَر الطَّحاويُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ عن أَصحابنا رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ: أنه لا يَقضِي القاضِي بالقَرض، وهو قولُ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن في زَعم أحدِ الشّاهِدَين أنه لا شيءَ له عليه من المال، فلو قَضى بالمال لكان قَضاءً بشَهادة الواحِدِ، وإنه لا يَجوزُ، ولأن الْمُدَّعيَ أكذَب شاهِدَ القَضاءِ.

قُلنا: الأصلُ في هذا: أن تكذيبَ الْمَشهودِ له الشّاهدَ فيما شَهِد له[2] يَكونُ تَفسيقًا؛ لأنه عن اختِيارٍ، فلم يكن مُتَّهَمًا، وتكذيبَ الْمَشهودِ له الشّاهدَ فيما شَهِد عليه لا يَكونُ تَفسيقًا؛ لأنه عن اضطِرارٍ، فيَكونُ مُتَّهَمًا.

بَيانُه: إذا ادَّعى على رَجُلٍ ألفَ دِرهَم، فشَهِد أحدُ الشّاهِدَين بألفٍ، والآخَرُ بألفٍ وخَمسِمائةٍ: فشَهادةُ الذي شَهِد بألفٍ وخمسِمائةٍ باطِلةٌ؛ لأن الْمَشهودَ له كَذَّب الشّاهدَ فيما شَهِد له، فيَكونُ تَفسيقًا.

ولو شَهِدا لإنسانٍ بمالٍ، ثم شَهِدا عليه بمالٍ لإنسانٍ آخَرَ، فكَذَّبهما الْمَشهودُ عليه الذي هو مَشهودٌ له فيما شَهِدا عليه: يُقضى له بما شَهِدا له؛ لأنه كَذَّبهما فيما شَهِدا عليه، ثم هنا كَذَّبه فيما شَهِد[3] عليه، وهو القَضاءُ، فلا يَقدَحُ في شَهادته له.

---

(١) في (ب): حتى يقول.

(٢) في (ب): شهد به.

(٣) في (د): شهدا.

اختَلَفا في الزَّمان أو الْمَكانِ[1]، في البَيع، والشِّراءِ، والطَّلاقِ، والعَتقِ، والوَكالةِ، والوَصِيّةِ، والرَّهنِ، والدَّينِ، والقرضِ، والبَراءةِ، والكَفالةِ، والحَوالةِ، والقذف[س م][2]: تُقبَلُ.

وفي الجِناية، والغصبِ، والقتلِ، والنّكاحِ: لا.

وإذا اختَلَف الشّاهِدان في الزَّمان أو الْمَكانِ، في البَيع، والشِّراءِ، والطَّلاقِ، والعَتقِ، والوَكالةِ، والوصِيّةِ، والرَّهنِ، والدَّينِ، والقرضِ، والبَراءةِ، والكَفالةِ، والحَوالةِ، والقذفِ: تُقبَلُ.

وإذا اختَلَفا في الجِناية، والغصبِ، والقتلِ، والنّكاحِ: لا تُقبَلُ.

والأصلُ: أن الْمَشهودَ به إن كان قولًا، كالبَيع ونحوِه.. فاختِلافُ الشّاهِدَين فيه في الْمَكان أو الزَّمانِ لا يَمنَعُ قَبولَ الشَّهادةِ؛ لأن القولَ مما يُعادُ[3] ويُكرَّرُ.

وإن كان الْمَشهودُ به فِعلًا، كالغَصب ونحوِه، أو قولًا، لكن الفِعلُ شرطُ صِحّتِه، كالنّكاح -فإنه قولٌ، وحُضورُ الشّاهِدَين فِعلٌ وهو شرطٌ-: فاختِلافُهما في الزَّمان أو الْمَكانِ يَمنَعُ القَبولَ؛ لأن الفِعلَ في زَمانٍ أو مَكانٍ غيرُ الفِعلِ في زَمانٍ أو مَكانٍ آخرَ، فاختَلَف الْمَشهودُ به.

ثم قال أبو يوسف ومحمدٌ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: إذا اختَلَف شاهِدا القذفِ في زَمانه أو مَكانِه لا تُقبَلُ شَهادتُهما، وإن كان قولًا؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما إن كان إنشاءً فهما غَيران، وليس على كلِّ قذفٍ شاهِدان، وإن كان أحَدُهما إنشاءً والآخَرُ إخبارًا: فهما لا يَتَّفِقان؛ لأن

(١) في (م): الزمان والمكان.

(٢) في (م) و(ن): والقبض.

(٣) في (أ): يعتاد.

الإنشاءَ أن يَقولَ: (زَنَيتَ)، أو (أنت زانٍ)، والإخبارَ أن يَقولَ: (قَذَفتُك بالزِّنى).

وأبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ يقولُ: يُحتمَلُ أنه سَمِع أحَدُهما الإنشاءَ، والآخَرُ الإقرارَ، أو كِلاهما الإقرارَ، وثَبَت عندَهما قذفُه، فهما شَهِدا به.

شَهِدا بقَتل زيدٍ يومَ النَّحرِ بمَكّةَ، وآخَران بقَتله فيه بمِصرَ: رُدَّتا، فإن قُضِي بأحدَهما[1] أوّلًا: بَطَلت الأُخرى.

ولو شَهِد شاهِدان بأنه قَتَل زيدًا يومَ النَّحرِ بمَكّةَ، وشَهِد آخَران أنه قَتَله يومَ النَّحرِ بمِصرَ، واجتَمَعوا عندَ الحاكِمِ: رُدَّت الشَّهادتان؛ لأن إحداهما كاذِبةٌ بيَقينٍ، وليست إحداهما بأَولى من الأُخرى، فتَهاتَرتا.

فإن سَبَقت إحداهما، وقَضَى بها، ثم حَضَرت الأُخرى: لم تُقبَل؛ لأن القَضاءَ بالأوّل قَضاءٌ ببُطلان الثّانِي ضِمنًا؛ لأنه لَمّا قَضى بأنه قُتِل بمَكّةَ فقد قَضى بأنه لم يُقتَل في غَيرها؛ إذ قتلُ شخصٍ واحِدٍ لا يَكونُ في مَوضِعَين.

اختَلَف شاهِدا سَرِقةِ بَقَرٍ في لَونه: قُطِع، بخِلاف الذُّكورةِ والأُنوثةِ، والغصبِ.

وإذا شَهِد شاهِدان على رَجُلٍ أنه سَرَق بقَرةً، واختَلَفا في لَونها: تُقطَعُ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، خِلافًا لهما.

قِيل: الخِلافُ في لَونَين يَتشابَهان، كالسَّواد والحُمرةِ، أو الحُمرةِ والصُّفرةِ، لا في لَونَين لا يَتشابَهان، كالبَياض والسَّوادِ.

والصَّحيحُ: أن الخِلافَ في جَميع الألوانِ.

لهما: أنهما اختَلَفا في المَشهود به، فيَمتنِعُ به القَبولُ، كما لو اختَلَفا في الذُّكورة

---

(١) في (ع): بإحداهما.

والأُنوثةِ، أو اختَلَفا في اللَّون في الغَصب، بل أَولى؛ لأن الثّابتَ بالغَصب ضَمانٌ لا يَسقُطُ بالشُّبُهات، والثّابتَ هنا حدٌّ يَسقُطُ بالشُّبُهات.

وله: أنهما اختَلَفا فيما ليس من صُلب الشَّهادةِ، والتَّوفيقُ مُمكِنٌ، فتُقبَلُ، كما لو اختَلَف شُهودُ الزِّنى في مَكان الزّاني في بيتٍ واحِدٍ؛ وهذا لأن بَيانَ لونِ البَقَرةِ ليس من صُلب الشَّهادةِ، ولهذا لو سَكَتا عن ذِكر اللَّونِ تُقبَلُ شَهادتُهما، والتَّوفيقُ بَيِّنٌ؛ لأن اللَّونَين قد يَجتمِعان، بأن يَكونَ أحدُ شِقَّيها سَوداءَ، والآخَرُ بَيضاءَ، ويَقَعَ بصَرُ أحدِ الشّاهِدَين على أحَد شِقَّيها، وبصَرُ الشّاهدِ الآخَرِ على الشِّقِّ الآخَرِ.

وتَحمُّلُ الشَّهادةِ على السَّرِقة يَقَعُ في اللَّيالي من بَعيدٍ غالِبًا، فلا يُمكِنُهم الوُقوفُ على قِيام اللَّونَين بها، بخِلاف الغصبِ؛ لأن الغصبَ يَقَعُ في النَّهار جِهارًا، فيَتمكَّنُ الشّاهدُ من أن يَقرُبَ من الغاصِب فيَتأمَّلَ جَميعَ ألوانِ الْمَغصوبِ، فلا يُشتغَلُ بالتَّوفيق.

وبخِلاف الذُّكورةِ والأُنوثةِ؛ لأن الحيَوانَ لا يَشتمِلُ عليهما، ولأنه لا يُمكِنُ مَعرفةُ ذلك إلا بالقُرب منه، وعندَ القُربِ لا يَقَعُ الاشتِباهُ، فلا يُشتغَلُ بالتَّوفيق.

فإن قِيل: الاشتِغالُ بالتَّوفيق بينَ كَلامِ الشّاهِدَين احتِيالٌ لإيجاب الحدِّ، والحدُّ يُحتالُ لدَرئه.

قُلنا: الشَّهادةُ من حُجَج الشَّرعِ، والأصلُ في حُجَج الشَّرعِ قَبولُها لا ردُّها، فيُشتغَلُ بالتَّوفيق؛ صِيانةً للحُجّة عن التَّعطيل لا لإيجاب الحدِّ، ثم إذا وَفَّقنا وقَبِلنا الشَّهادةَ يَجِبُ الحدُّ ضَرورةً لا قصدًا به.

شَهِد على شِرائه بألفٍ، والآخَرُ بألفٍ ونِصفِه: تُرَدُّ، كالكِتابة، والخُلعِ، والعَتقِ بمالٍ، وصحَّ (س م) النِّكاحُ بألفٍ.

رَجُلٌ شَهِد لرَجُلٍ أنه اشترَى عبدَ فُلانٍ بألفٍ، وشَهِد آخَرُ أنه اشتَراه بألفٍ وخمسِمائةٍ: لا تُقبَلُ الشَّهادةُ؛ لأنهما لم يتَّفِقا على عقدٍ واحِدٍ، فالشِّراءُ بألفٍ غيرُ الشِّراءِ بألفٍ وخمسِمائةٍ، والْمَقصودُ إثباتُ السَّببِ، وهو العقدُ، وإذا اختَلَف الْمَشهودُ به تعذَّر الحُكمُ؛ لقُصور[1] الحُجّةِ عن كَمال العدَدِ على ما يَدَّعيه الْمُدَّعي.

وكذا إذا كان الْمُدَّعي هو البائِعَ.

ولا فرقَ بينَ أن يَدَّعيَ الْمُدَّعي أقلَّ المالَين أو أكثَرَهما.

وكذا الكِتابةُ؛ لأن الْمَقصودَ هو العقدُ.

أما إذا كان الْمُدَّعي هو العبدَ: فظاهِرٌ، وكذا إذا كان هو الْمَولى؛ لأن العَتقَ لا يَثبُتُ قبلَ الأداءِ، فكان الْمَقصودُ إثباتَ السَّببِ؛ وهذا لأن البدَلَ[2] في ابتِداء[3] العقدِ مُقابَلٌ بفكِّ الحجرِ، ثم يَنتقِلُ إلى العِتق عندَ[4] الأداءِ، فقبلَه صار بمَنزِلة الإجارةِ، فكان الْمَقصودُ إثباتَ العقدِ.

وكذا الخُلعُ والإعتاقُ على مالٍ، والصُّلحُ عن دَم العمدِ، إذا كان الْمُدَّعي هو الْمَرأةَ أو العبدَ أو القاتِلَ؛ لأن هؤلاء لا يَقصِدون إثباتَ المالِ، فكان الْمَقصودُ إثباتَ العقدِ، وهو مُختلِفٌ.

وإن كان الدَّعوى من الجانِب الآخَرِ: فهو كدَعوى الدَّينِ؛ لثُبوت الطَّلاقِ والعَتقِ والعفوِ بإقرار الزَّوجِ والْمَولى والوليِّ، فبَقِيت[5] الدَّعوى في الدَّين.

---

(١) في (د): بتصور.

(٢) في (ب): البذل.

(٣) في (هـ): إثبات.

(٤) في (د): قبل.

(٥) في (ب): فثبتت.

فإن ادَّعى ألفًا وخمسَمائةٍ، وشَهِد شاهِدٌ بألفٍ، وشاهِدٌ بألفٍ وخمسِمائةٍ: وَجَب القَضاءُ بألفٍ إجماعًا.

وإن ادَّعى ألفَين، وشَهِد شاهِدٌ بألفٍ، وشَهِد آخَرُ بألفَين: لم يُحكَم بشيءٍ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعندَهما: يُحكَمُ بألفٍ، كما مَرّ.

وفي الرَّهن إن كان الْمُدَّعي هو الرّاهنَ: لا يُقبَلُ؛ لأنه لا حظَّ له في الرَّهن، فخَلَت الشَّهادةُ عن الدَّعوى، وإن كان الْمُرتهنَ: فهو كدَعوى الدَّينِ.

وفي الإجارة.. إن كان ذلك في أوَّل الْمُدّةِ: فهو نَظيرُ البيعِ؛ للحاجة إلى إثبات العقدِ، وإن كان بعدَ مُضِيِّ الْمُدّةِ، والْمُدَّعي هو الْمُؤْجِرَ: فهو كدَعوى الدَّينِ؛ إذ لا حاجةَ هنا إلى إثبات العقدِ.

فأما النِّكاحُ: فيَصِحُّ بأقَلِّ المالَين عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، سَواءٌ كان الدَّعوى من الزَّوج أو من الْمَرأة، والْمُدَّعي يَدَّعي الأقَلَّ أو الأكثَرَ.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ تَعَالَىٰ: لا يُقضى بالنِّكاح أيضًا؛ لأن الْمَقصودَ من الجانِبَين إثباتُ السَّبَبِ، والنِّكاحُ بألفٍ غيرُ النِّكاحِ بألفٍ وخمسِمائةٍ، فبَطَلت الشَّهادةُ، كما في البَيع.

وله: أن المهرَ في النِّكاح تابعٌ، ومن حُكم التَّبَعِ أن لا يُغيِّرَ الأصلَ؛ ألا تَرى أنه لا يَبطُلُ بنَفيه، ولا يَفسُدُ بفَساده، فكذا لا يَختلِفُ باختِلافه إذا اتَّفَقا على ما هو الأصلُ، وهو الْمِلكُ والحِلُّ، فوَجَب القَضاءُ به، وإذا وَجَب القَضاءُ به بَقِي المهرُ مالًا مُنفرِدًا، فوَجَب القَضاءُ بأقَلِّ الْمِقدارَين[1]، كما في المال الْمُنفرِدِ.

وقيل: الاختِلافُ فيما إذا كانت الْمَرأةُ هي الْمُدَّعيةَ، فإن كان الْمُدَّعي هو الزَّوجَ لا

---

(١) في (هـ): المالين.

يُقبَلُ إجماعًا؛ لأن غرَضَها قد يَكونُ المالَ، أما الزَّوجُ: فلا يَقصِدُ إلا العقدَ.

والأَصَحُّ: أن الخِلافَ في الفَصلَين؛ لِما مَرّ.

ادَّعى الإيفاءَ، فشَهِد أحَدُهما بإقراره بالاستيفاء، وآخَرُ أنه أبرَأ[1]، أو حَلَّل[2]، أو أجَّل[3]، أو وَهَب، أو تَصدَّق: رُدَّت، بخِلاف: (برِئ إليه).

ولو ادَّعى الغَريمُ الإيفاءَ، فشَهِد أحدُ الشّاهِدَين على إِقرار الطّالبِ بالاستِيفاء، والآخَرُ أنه أبرَأه، أو حَلَّله، أو أجَّله، أو وَهَب، أو تَصدَّق: لم تُقبَل؛ لاختِلافهما لفظًا ومَعنًى؛ إذ الإقرارُ غيرُ الإنشاءِ، إلا إذا قال شاهِدُ البَراءةِ: (إنه أقَرَّ أنه بَريءٌ إليه)؛ لأنه للإيفاء.

ادَّعى الإبراءَ، فشَهِد به وآخَرُ بالهِبة، أو الصَّدَقةِ أو الهِبةَ، فشَهِد بها وآخَرُ به: تُقبَلُ، وبالصَّدَقة لا.

ولو ادَّعى الإبراءَ، فشَهِد أحَدُهما أنه أبرَأه، وآخَرُ أنه وَهَب له، أو تَصدَّق به عليه: تُقبَلُ؛ لأنهما يُستعمَلان في البَراءة.

ولو ادَّعى الهِبةَ، فشَهِد أحَدُهما بالهِبة، والآخَرُ بالإبراء: تُقبَلُ، ولو شَهِد الآخَرُ بالصَّدَقة: لا تُقبَلُ؛ لأن الصَّدَقةَ إخراجُ المالِ إلى الله تَعالى، والهِبةَ إلى العَبد.

ادَّعى الإيفاءَ، فشَهِدا بالإبراء، أو التَّحليلِ، لا الهِبةِ والصَّدَقةِ: تُقبَلُ.

ولو ادَّعى الإيفاءَ، فشَهِدا بالإبراء أو التَّحليلِ: تُقبَلُ؛ لأن الإيفاءَ إثباتُ القبضِ

(١) إبراء الاستيفاء: هو عبارة عن اعتراف أحد بقبض حقه الذي هو في ذمة الآخر واستيفائه، وهو نوع إقرار. «التعريفات الفقهية» ص١٥.

(٢) التحليل: أن يجعل صاحبه في حلّ. «التعريفات الفقهية» ص٥٣.

(٣) في سوى (س) و(ف): أحل.

والبَراءةِ، فقد شَهِدا ببَعض ما ادَّعى.

ولا يَبرأُ الأصيلُ لو كَفيلًا.

ولا يَبرأُ الأصيلُ لو كان كَفيلًا؛ لأن بَراءةَ الكَفيلِ لا تُوجِبُ بَراءةَ الأصيلِ.

ولو شَهِدا بالهِبة أو الصَّدَقةِ: لا تُقبَلُ؛ لأنه ليس في الإيفاء هِبةٌ وصَدَقةٌ.

ادَّعى أنه أبرَأ، أو حَلَّل، فشَهِدا بالاستِيفاء، وفَسَّر به: تُقبَلُ، وبغَيره لا.

ولو ادَّعى أنه أبرَأه أو حَلَّله، فشَهِدا على إقرار الطّالبِ بالاستِيفاء: سُئِل الغَريمُ عنه، فإن فَسَّره بالاستِيفاء تُقبَلُ؛ لأنه وَفَّق، وإن فَسَّر بغَيره لا تُقبَلُ؛ لأنهما شَهِدا بأكثَرَ، واللهُ أعلَمُ.

فَصْلٌ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الإِرْثِ

مِلْكُ الْمُورِّثُ لم يُقضَ لوارِثه بلا جرٍّ(س)[1].

إلا أن يَشهَدا بمِلكه، أو يدِه، أو يدِ مُودَعِه أو مُستعيرِه وقتَ الموتِ.

الأصلُ: أن مِلكَ الْمُورِّثِ متى ثَبَت لم يُقضَ لوارِثه بلا جرٍّ، بأن يَقولَ الشّاهدُ: (إنه كان لأبِيه، مات وتَركه مِيراثًا له)، إلا أن يَشهَدا بمِلك الْمُورِّثِ، أو يدِه، أو يدِ مُودَعِه أو مُستعيرِه.. وقتَ الموتِ.

بَيانُه: إذا مات رَجُلٌ، فأَقام وارِثُه بيِّنةً على دارٍ أنها كانت لأبِيه، أَعارها أو آجَرَها أو أودَعها الذي هي في يَده: فإنه يَأخُذُها ولا يُكلَّفُ البيِّنةَ على أنه مات وتَركها مِيراثًا له.

وهذا على أَصل أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ ظاهِرٌ؛ لأنه لا يَشترطُ الجرَّ والانتِقالَ لقَبول البيِّنةِ؛ لأنه لَمّا ثَبَت بهذه الشَّهادةِ كونُ الدّارِ مِلكًا للمُورِّث يومَ الموتِ.. ثَبَت الْمِلكُ للوارِث ضَرورةً؛ لأنه يَخلُفُه في أَملاكه، فصارت الشَّهادةُ بأنها كانت مِلكًا للمُورِّث بمَنزِلة الشَّهادةِ للحيِّ بأنها كانت له.

وكذا على قَولهما؛ لأنهما وإن كانا يَشترِطان الجرَّ -لأن كونَ الدّارِ مِلكًا لذي اليدِ ثَبَت باستِصحاب الحالِ؛ لأنهم شَهِدوا أنها كانت لأبِيه، والثّابتُ باستِصحاب الحالِ يَصلُحُ لإبقاء ما كان على ما كان، لا لإثبات ما لم يكن.

---

(١) الجر: أن يقول الشاهد: مات وتركها ميراثًا له، أو ما يقوم مقامه من إثبات ملكه وقت الموت، أو إثبات يده أو يد من قام مَقامه. «البحر الرائق» ٧/ ١١٨.

ولا يُقالُ: إن الوارثَ يقومُ مقامَ المُورِّثِ فيما كان للمُورِّثِ؛ لكونِ الوارثِ خلافة حتى يَرُدُّ بالعَيبِ ويُرَدُّ عليه، ويَصيرُ مَغرورًا فيما كان المُورِّثُ مَغرورًا فيه؛

لأن المِلكَ يَثبُتُ للوارِثِ بوَصفِ التَّجدُّدِ(١)، حتى يَثبُتَ في حقِّه ما لم يَثبُت في حقِّ مُورِّثِه من وُجوبِ الاستِبراءِ، ويَحِلُّ له إذا كان غَنيًّا ما كان صَدقةً لمُورِّثِه. فلا بُدَّ من الجرِّ.

إلا أنه يُكتفى بالشَّهادةِ على قِيامِ مِلكِ المُورِّثِ وقتَ الموتِ؛ لتحقُّقِ ثُبوتِ الانتِقالِ ضَرورةً، وكذا على قِيامِ يدِه.

وقد وُجِدت الشَّهادةُ على اليدِ هنا؛ لأن يدَ المُودَعِ والمُستأجِرِ والمُستعيرِ كيدِ المُودِعِ والمُؤجِرِ والمُعيرِ، فصار كأنه أقام البيِّنةَ أن أباه مات والدَّارُ في يدِه، ولو كان كذلك لكانت البيِّنةُ مقبولةً؛ لأنهم لَمَّا شَهِدوا باليدِ له وقتَ الموتِ فقد شَهِدوا بثُبوتِ له وقتَ الموتِ؛ لأن الأيدِيَ المَجهولةَ تَنقلِبُ يدَ مِلكٍ عندَ الموتِ؛ لأنها لا تَخلو من أن تكونَ يدَ مِلكٍ أو غصبٍ أو أمانةٍ..

فإن كانت يدَ مِلكٍ فظاهِرٌ، وكذا إن كانت يدَ غصبٍ؛ لأنها تَصيرُ يدَ مِلكٍ؛ لأن بالمَوت يَتقرَّرُ عليه الضَّمانُ، ويَصيرُ المَضمونُ مِلكًا له. وإن كانت يدَ أمانةٍ فتَصيرُ يدَ غصبٍ بالتَّجهيلِ، فصارت يدَ مِلكٍ أيضًا، فصارت الشَّهادةُ بيدٍ مُطلَقةٍ عندَ الموتِ شَهادةً بالمِلكِ عندَ الموتِ، والمِلكُ الثَّابتُ عندَ الموتِ يَنتقِلُ إلى الوارِثِ ضَرورةً.

شَهِدا بيَدِ حيٍّ مُذ شهرٍ: رُدَّت.

ولو شَهِدا لرَجُلٍ حيٍّ أنها كانت في يدِه مُنذُ شهرٍ أو سنةٍ: تُرَدُّ.

---

(١) في (د): التجرد.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنها تُقبَلُ؛ لأن الثّابتَ بالبَيِّنة كالثّابِت بإِقرار الخصمِ.

ولو أقَرَّ الْمُدَّعى عليه بذلك: دُفِعت إلى الْمُدَّعي.

وكذا لو شَهِدا على إِقرار الْمُدَّعى عليه أنها كانت في يَده، أو شَهِدا أنها كانت مِلكَه: تُقبَلُ، وكذا لو شَهِدا أن الْمُدَّعى عليه أخَذه من الْمُدَّعي.

ولهما: أن هذه الشَّهادةَ قامت على شيءٍ مَجهولٍ، وهو اليدُ، فبَطَلت؛ وهذا لأن اليدَ للحال مُنقطِعةٌ، ويُحتمَلُ أنها كانت يدَ مِلكٍ، أو يدَ وَديعةٍ، أو إجارةٍ، أو غصبٍ، فلا يُحكَمُ بإِعادتها مع قِيامِ الشَّكِّ والجَهالةِ.

وهذا لأنه إن وَجَبت إعادتُها من وجهٍ فلا تَجِبُ إعادتُها من وُجوهٍ، فلا تَجِبُ الإعادةُ بالشَّكّ، فأما الْمِلكُ: فمَعلومٌ غيرُ مُختلِفٍ ولا مَجهولٍ، وكذا الأخذُ مَعلومٌ، ومُوجَبُه مَعلومٌ، وهو وُجوبُ الرَّدِّ كيفما كان؛ لقَوله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «على اليَد ما أخَذت حتى تَرُدَّ»[1].

بخِلاف إقرارِ الْمُدَّعىٰ عليه، والشَّهادةِ على إِقراره به، والْمِلكِ، والأخذِ.

بخِلاف الإقرارِ؛ لأن جَهالةَ الْمُقَرِّ به لا تَمنَعُ صِحّةَ الإقرارِ.

وكذا لو شَهِدا على إِقراره أنها كانت في يَد الْمُدَّعي؛ لأن الْمَشهودَ به الإقرارُ، وهو مَعلومٌ، على أن يدَ ذي اليدِ ثابتةٌ عِيانًا، ويدَ الْمُدَّعي ثابِتةٌ بالشَّهادة، وليس الخبَرُ كالْمُعايَنة.

---

(١) رواه الإمام أحمد (٢٠٠٨٦)، أبو داود (٣٥٦١)، والترمذي (١٢٦٦)، وابن ماجه (٢٤٠٠)، وهو فيهم بلفظ الأداء بدل الرد، وانظر «نصب الراية» ٤/ ١٦٧.

فصل

[في المتفرقات]

الأصلُ: أن الشّاهدَ إذا أبطَل حقًّا أوجَبه لغَيره لا يَتمكَّنُ من إِبطاله إلا بالشَّهادة، أو حَوَّل ضَمانًا عليه إلى غَيره: لا تُقبَلُ؛ للتُّهمة أو للتَّناقُض.

مُودَعان شَهِدا بالوَديعة لغَير الْمُودَعِ قبلَ الرَّدِّ أو بعدَه، أو مُرتهنان قبلَ الهَلاكِ: تُقبَلُ.

مُودَعان شَهِدا بالوَديعة لغَير الْمُودِعِ قبلَ الرَّدِّ أو بعدَه، أو مُرتَهِنان قبلَ الهَلاكِ: تُقبَلُ[1]؛ لأنهما لا يَجُرّان لأنفُسهما مَغنَمًا، ولا يَدفَعان عن أنفُسهما مَغرَمًا.

بخِلاف الْمُستقرِضَين قبلَ الرَّدِّ أو بعدَه، والرّاهِنَين والغاصِبَين قبلَ الرَّدِّ، وإن هَلَك، والْمُشترِيَين فاسِدًا بعدَ القبضِ، والْمُشترِي صَحيحًا إن أَقال، أو رَدَّ بعَيبٍ بلا قَضاءٍ.

بخِلاف الْمُستقرِضَين قبلَ الرَّدِّ أو بعدَه؛ لتَحويل الضَّمانِ، أو لنَقض الْمُبادَلةِ.

والرّاهِنَين[2]؛ لسَعيهما في نَقض ما أوجَباه.

والغاصِبَين قبلَ الرَّدِّ وإن هَلَك؛ لتَحويل الضَّمانِ.

والْمُشترِيَين شِراءً فاسِدًا بعدَ القبضِ؛ لأنه كالغَصب.

والْمُشتَري شِراءً صَحيحًا إن أَقال أو رَدَّ بعَيبٍ بلا قَضاءٍ؛ لثُبوت البيعِ الجَديدِ في

---

(١) في (أ): لا تقبل.

(٢) أي وبخلاف الراهنين.

حقِّ الثّالثِ، وفي حقِّهما فيما ليس من مُوجَب العقدِ، فهو يُريدُ إبطالَ ذلك العقدِ، فلا يُقبَلُ، كما لو باع ثم شَهِد.

ولو رَدَّ بقَضاءٍ، أو رُؤيةٍ، أو شرطٍ، أو حبَسَه للثَّمَن بعدَ الفسخِ: تُقبَلُ.

ولو رَدَّ بعَيبٍ بقَضاءٍ، أو بخِيار رُؤيةٍ أو شرطٍ أو عَيبٍ قبلَ القبضِ: يُقبَلُ؛ لأنه فسخٌ من كلِّ وجهٍ.

وكذا لو حَبَسه للثَّمَن بعدَ الفسخِ يُقبَلُ؛ لأنه رهنٌ في يَده مَضمونٌ بالثَّمَن، فصار كالْمُرتَهِن.

ولو حَبَس به بعدُ في مُقايَضةٍ قبلَ هَلاكِ بَدَلِه: لا.

ولو تَقايَضا عبدًا بأمةٍ، وتَقابَضا، ثم وَجَد مُشتَري الأمةِ بها عَيبًا، فرَدَّها القاضِي عليه، وحَبَسها الْمُشتَري حتى يَستَردَّ العبدَ، ثم شَهِد مع آخَرَ لإنسانٍ بالأَمة: لا تُقبَلُ؛ لأن الأمةَ مَضمونةٌ بقِيمتها لا بغَيرها، فصار كالبَيع الفاسِدِ والغصبِ.

ولو كان العبدُ مات قبلَ نقضِ البيعِ نَقَض القاضِي البيعَ بقِيمة العبدِ؛ لأن أحدَ العِوَضَين قائِمٌ، فصَحَّ الفسخُ.

فإن حَبَسها بقِيمة العبدِ، ثم شَهِد مع آخَرَ لإنسانٍ: يُقبَلُ؛ لأن الأمةَ مَضمونةٌ بغَيرها، وهو قِيمةُ العبدِ، فصارت كالْمَرهونة.

مات وله عليهما ألفٌ، فشَهِدا لرَجُلٍ أنه ابنُه، وآخَران لآخَرَ أنه أخُوه: قُضِي للابن.

رَجُلٌ مات وله على رَجُلَين ألفُ دِرهَمٍ، فشَهِد الرَّجُلُ أنه ابنُه لا[1] وارِثَ له غيرُه، وشَهِد آخَران لا دَينَ عليهما لآخرَ[2] أنه أخو الميتِ ووارِثُه، لا نَعلَمُ له وارِثًا غيرَه:

---

(١) في (ج) و(د): ولا.

(٢) في (هـ): وآخر.

قُضِي بشَهادة الغَريمَين للابن؛ لأنه لا تُهَمةَ في شَهادتهما.

فلو قُضِي للأخ أوّلًا، فشَهِدا للابن بعدَ قَضاءِ الدَّينِ أو قبلَه: لا.

فلو شَهِدا للأخ أوّلًا، وقُضِي به، ثم شَهِدا للابن بعدَ قَضاءِ الدَّينِ أو قبلَه: لا تُقبَلُ؛ لنَقضِ الْمُبادَلةِ أو للتَّحويل.

وكذا لو عبْدٌ غصبٌ قبلَ ردِّه، وبعدَه تُقبَلُ، كالوَديعة قبلَ الرَّدِّ وبعدَه.

وكذا لو كان مَكانَ الدَّينِ عبدٌ غصبٌ: لم تُقبَل شَهادتُهما قبلَ الرَّدّ؛ لأن الضَّمانَ وَجَب عليهما للأخ، فهما يُحوِّلان الضَّمانَ، فلا تُقبَلُ، وبعدَ الرَّدِّ تُقبَلُ؛ لأن البَراءةَ تَثبُتُ، فصار كالغاصِب إذا رَدّ.

ولو كان العبدُ وَديعةً في أيدِيهما: تُقبَلُ قبلَ الرَّدِّ وبعدَه؛ لأنه غيرُ مَضمونٍ على الْمُودِع.

شَهِدا أنه مات، وهذا أخُوه، لا نَعلَمُ وارِثًا غيرَه، فقُضِي به، ثم شَهِدا لآخَرَ أنه ابنُه: رُدَّت، وضَمِنا للابن، ولو شَهِدا بأخٍ آخَرَ: لا.

شَهِدا أن فُلانًا مات، وهذا أخُوه، لا نَعلَمُ له وارِثا غيرَه، فقُضِي به، ثم شَهِدا لآخَرَ أنه ابنُه، لا نَعلَمُ له وارِثًا غيرَه: لا تُقبَلُ؛ للتَّناقُض؛ إذ الأخُ لا يَكونُ وارِثًا مع الابنِ، وضَمِنا للابن ما قَبَض الأخُ؛ لإقرارهما بالإتلاف عليه بشَهادتهما.

ولو لم يَشهَدا بالابن، ولكن شَهِدا بأخٍ آخَرَ: تُقبَلُ؛ لعَدَم التَّناقُضِ؛ لأنه يَرِثُ مع الأوَّلِ، وقولُهما: (لا نَعلَمُ) أي للحال، ولا ضَمانَ؛ لعَدَم الرُّجوعِ.

مات عن عمٍّ، وأمتَين، وعَبدَين، فأُعتِقا، فشَهِدا ببِنتِيّة إحداهما بعينها للمَيِّت[1]:

(١) مثبتة من (ف).

رُدَّت(س م)، وكذا بأُختيّة الثّانيةِ.

رَجُلٌ مات عن عمٍّ وأمتَين[1] وعَبدَين، فأعتَق العمُّ العَبدَين، فشَهِدا بِبنتيَّة[2] إحداهما بعَينها للمَيْت، أي: أنه أقَرَّ بها في حَياته وصِحّتِه: لم تُقبَل عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأن في قَبولها[3] ابتِداءً بُطلانَها انتِهاءً؛ لأن مُعتَقَ البعضِ في حُكم الْمُكاتَبِ عندَه، ولا شَهادةَ له.

وعندَهما: تُقبَلُ؛ لأنه حُرٌّ مَديونٌ.

ولو[4] شَهِدا بأن الثّانيةَ أُختُ الميْتِ قبلَ القَضاءِ للأُولى، أو بعدَه، أو معًا: لا تُقبَلُ بالإجماع؛ لأنّا لو قَبِلنا لصارت عَصَبةً مع البِنتِ، فيَخرُجُ العمُّ عن الوِراثة، فيَبطُلُ العَتقُ.

وعن أخٍ ودَينٍ، فأبرَأ[5] غريمَه، أو وَهَب ما عليه، أو عَينًا من تَرِكته، فشَهِد مع آخَرَ لآخَرَ أنه ابنُ الميْتِ: تُقبَلُ، بخِلاف الهِبةِ بعِوَضٍ.

ولو مات عن أخٍ لأبٍ وأُمٍّ، وتَرَكَ دَينًا على رَجُلٍ، فأبرَأ الأخُ غَريمَه، أو وَهَب ما عليه له، أو عَينًا من تَرِكته، ثم شَهِد الْمَديونُ مع آخرَ لآخرَ أنه ابنُ الميْتِ: تُقبَلُ؛ لأنه لا نفعَ له فيه، بل فيه ضرَرٌ؛ لعَود الدَّينِ وردِّ الهِبةِ، بخِلاف الهِبةِ بعِوَضٍ؛ لأنه مُتَّهَمٌ؛ للرُّجوع في العِوَض.

---

(١) في (ب): وأختين.

(٢) في (ب): ببينتيه، وفي (د): بنسبة، وفي (ج): ببننية، وفي (هـ): بيتته، والمثبت من (أ) ولكنها غير منقوطة.

(٣) في (أ) و(د): قولها.

(٤) في (أ): وكذا لو.

(٥) أي الأخ.

وعن بَنِينَ ودارٍ، وغاب اثنانِ[1]، فادَّعى رَجُلٌ، فقال الحاضِرُ: (قَسَمنا، وقَبَضنا، وأودَعاني): قُضِي عليه بكلِّها.

ولو مات عن ثَلاثة بَنِينَ ودارٍ، وغاب اثنان منهم، فادَّعاها رَجُلٌ على الحاضِر، فقال الحاضِرُ: (هذه دارُ أبِينا، مات وتَرَكها مِيراثًا، وأخَذ كلُّ واحِدٍ منا حقَّه، ثم أودَعاني نَصيبَهما وغابا)، فصَدَّقه الْمُدَّعي فيما عَدا الْمِلكِ لأبيهم وأقام البَيِّنَةَ على ما ادَّعى: قُضِي عليه بكلِّها؛ لأن أحدَ الوَرَثةِ يَنتصِبُ خصمًا عن الكلّ، فكان القَضاءُ على أحَد الوَرَثةِ قَضاءً على الكلّ.

فإن حَضَرا، وجَحَدا[2] الإرثَ: تُعادُ، وإلا لا.

فإن حَضَر الغائِبان، وأنكَرا الإرثَ، وادَّعيا الْمِلكَ بجِهةٍ أُخرى: يُعيدُ الْمُدَّعي البَيِّنة؛ لأنهما يُنكِران انتِصابَ الحاضِرِ خصمًا عنهما.

وإن أقَرّا بالإرث: فالقَضاءُ ماضٍ عليهما؛ لِما مَرّ.

وإن كان حظُّهما عندَ أجنَبيٍّ: قُضِي بحظِّه فقط.

وإن كان نَصيبُهما في يَد أجنَبيٍّ: قُضِي بنَصيب الحاضِرِ فقط؛ لأن أحدَ الوَرَثةِ إنما يَنتصِبُ خصمًا عن الكلِّ إذا كانت في يَده؛ إذ دَعوى العَينِ لا تَتوجَّهُ إلا على ذي اليدِ؛ لأن الوارِثَ قائِمٌ مَقامَ الْمُورِّثِ، والْمُورِّثُ لو كان حيًّا لا يَنتصِبُ خصمًا للمُدَّعي إلا فيما في يَده، فكذا الوارِث.

مات عن مِائةٍ ذِمِّيٌّ، فأقام مُسلِمٌ ذِمِّيَّين بمِائةٍ، ومُسلِمٌ وذِمِّيٌّ بمِثله: فثُلُثاها له، وثُلُثها لهما.

---

(١) في (س): ابنان.

(٢) في (ف): فإن أحضرا وأنكر.

مات ذِمِّيٌّ عن مِائة دِرهَمٍ، فأَقام مُسلِمٌ ذِمِّيَّين بدَين مِائةٍ عليه، وأَقام مُسلِمٌ وذِمِّيٌّ ذِمِّيَّين بمِائةٍ: فثلُثا الْمِائةِ للمُنفرِد، وثُلُثُها للشَّريكَين؛ لأن بَيِّنَةَ الْمُسلِمِ الْمُنفرِدِ حُجَّةٌ في حقِّ شَريكِ الْمُسلِمِ، وحُجّةٌ على كلِّ واحِدٍ من الْمُسلِمَين، لا تُعتبرُ في حقِّ صاحِبِه، فوَقَع التَّعارُضُ بينَ الْمُسلِمَين، وأَحَدُهما[1] يَدَّعي مِائةً والآخَرُ خَمسين، فيُقسَمُ أثلاثًا، ثم ما أَصاب الْمُسلِمَ يَكونُ بينَه وبينَ شَريكِه نِصفَين؛ لأنه أقَرَّ أنه يُساوِيه في الاستِحقاق.

ولو انفَرَد الذِّمِّيُّ: فلكلٍّ ثُلُثُها، كما لو أَقاما مُسلِمَين.

ولو أَقام ذِمِّيٌّ ذِمِّيَّين، وأَقام مُسلِمٌ وذِمِّيٌّ ذِمِّيَّين: فالْمِائةُ الْمَتروكةُ بينَهم لكلِّ واحِدٍ ثُلُثُها؛ لأن الذِّمِّيَّ الْمُنفرِدَ أَقام ما ليس بحُجّةٍ على الْمُسلِم الشَّريكِ، فيُجعَلُ في حقِّ الْمُسلِمِ كأنه انفَرَد بإقامة البَيِّنةِ، إلا أنه لا يَدَّعي لنَفسه إلا خَمسين، فيُقضى له بخَمسين، وبَقِي خَمسون قد تَنازَع فيه الذِّمِّيُّ الْمُنفرِدُ والذِّمِّيُّ الشَّريكُ، وقد أَقام كلُّ واحِدٍ منهما ما هو حُجّةٌ على صاحِبه، فيُقسَمُ بينَهما على قَدْر حقِّهما، وحقُّ الذِّمِّيِّ الْمُنفرِدِ مِائةٌ، وحقُّ الذِّمِّيِّ الشَّريكِ خَمسون، فقُسِم الخَمسون بينَهما أثلاثًا، ثُلُثاه للذِّمِّيِّ الْمُنفرِدِ، وذلك ثَلاثةٌ وثَلاثُون وثُلُثٌ، وثُلُثُه للذِّمِّيِّ الشَّريكِ، وذلك سِتّةَ عشَرَ وثُلُثان.

ثم ما أَصاب الذِّمِّيَّ الشَّريكَ يُضَمُّ إلى ما أَصاب شَريكَه الْمُسلِمَ، فيَصيرُ سِتّةً وسِتِّين وثُلُثَين، فيُقسَمُ بينَهما نِصفان؛ لتَصادُقهما على الشِّرْكة، فيُصيبُ كلَّ واحِدٍ ثَلاثةٌ وثَلاثُون وثُلُثٌ.

وكذا لو أَقام الشَّريكان مُسلِمَين، وأَقام الذِّمِّيُّ الْمُنفرِدُ ذِمِّيَّين: قُسِم أثلاثًا؛ لأن بَيِّنَةَ الشَّريكَين حُجّةٌ في حقِّ الْمُنفرِدِ، وبَيِّنَةَ الْمُنفرِدِ ليست بحُجّةٍ في حقِّ الْمُسلِمِ.

---

(١) في (ب) و(هـ): أحدهما.

ولو أَقام مُسلِمَين، وهما ذِمِّيَين، أو مُسلِمَين: فالنِّصفُ له.

ولو أَقام الذِّمِّيُّ الْمُنفرِدُ مُسلِمَين، والشَّريكان ذِمِّيَين أو مُسلِمَين: فنِصفُ الْمِائةِ للمُنفرِد، والنِّصفُ لهما؛ لأن بَيِّنَةَ كلِّ واحِدٍ حُجّةٌ في حقِّ الآخَرِ، والْمُنفرِدُ يَدَّعي الكلَّ، وهما يَدَّعيانه أيضًا.

وعن ابنَين ومِائتَين، فآمَن أحَدُهما، فأَقام مُسلِمٌ ذِمِّيَين بمِائةٍ: أخَذها من الذِّمِّيِّ.

ولو مات ذِمِّيٌّ عن ابنَين، وتَرَك مِائتَي دِرهَمٍ، فأسلَم أحَدُهما، فأَقام مُسلِمٌ شاهِدَين ذِمِّيَين بمِائةٍ: أُخِذ الكلُّ من نَصيب الذِّمِّيِّ؛ لأن بَيِّنتَه حُجّةٌ في حقِّه دونَ الْمُسلِمِ.

شَهِدا بطَلاق الأُمِّ على الأَب، أو بعَتقها على سَيِّدها، وادَّعَت: رُدَّت، وإلا لا.

شَهِدا بطَلاق أُمِّهما على أَبيهما، أو بعَتقها على سيِّدها بألفٍ.. فإن ادَّعت: رُدَّت الشَّهادةُ، وإن جَحدت: قُبِلت؛ لأنهما شَهِدا للأُمِّ بمَنفَعةٍ -وهي زَوالُ الْمِلكِ عنها- يَشوبُها مضَرّةٌ -وهي سُقوطُ النَّفَقةِ ولُزومُ الألفِ-، وكلُّ مَنفَعةٍ يَشوبُها مضَرّةٌ فإنما تَترجَّحُ إِحداهما بالدَّعوى؛ لأن الإنسانَ لا يَجحَدُ ما يَنفَعُه، ولا يَدَّعي ما يَضُرُّه.

وبارتِداد زَوجتِه، أو حُرمةٍ غَليظةٍ وتَزوُّجٍ قبلَ آخَرَ، أو خُلعٍ، أو عَتقِ أَمتِه بكذا، وادَّعى: رُدَّت، وإلا لا، ومَلَك بَدَلَ الخُلعِ.

ولو شَهِدا بارتِداد زَوجةِ أَبيهما[1]، أو بأنها حَرُمت حُرمةً غَليظةً ثم تزوَّجها قبلَ التَّزوُّجِ بآخَرَ، أو شَهِدا أنه خَلَع امرأتَه على صَداقها، أو أعتَق أَمتَه بكذا.. فإن ادَّعى الأبُ: رُدَّت، وإلا لا، ومَلَك بدَلَ الخُلعِ.

(بِعتَني منه وحَرَّرني)، وشَهِد ابناه، وادَّعى: رُدَّت، وعَتَق، وإلا لا، وثَبت الشِّراءُ والعَتقُ.

(١) في (ج): ابنهما.

(بِعتَني منه وحَرَّرني)، وشَهِد ابنا البائِع.. فإن ادَّعى: رُدَّت؛ لأنهما شَهِدا للأب بُوجوب الثَّمَنِ على الْمُشتَري، وعَتَق؛ لأنه مَلَكه ظاهِرًا، وقد أقَرَّ بعَتقه، فنَفَذ إقرارُه عليه، وإن جَحَد: قُبِلت؛ لأنهما شَهِدا على الأَب بزَوال العبدِ عن مِلكه، وثَبَت الشِّراءُ والعَتقُ؛ لأنه خصمٌ في إِثبات الشِّراءِ؛ لتَعلُّق حقِّه -وهو العَتقُ- به.

قال أبٌ: (زَوَّجتُ)، أو (كَلَّمني) مَن عَلَّق عَتْقَه به، وشَهِد ابناه، أو شَهِد سَيِّداها.. بطَلاق زَوجِها: رُدَّت[1].

قال أبٌ: (زَوَّجتُ) أو (كَلَّمني) من عَلَّق عَتْقَه به، وشَهِد ابناه أو شَهِد سيِّداها[2] بطَلاق زَوجِها: رُدَّت.

هذه ثَلاثُ مَسائِلَ:

إِحداها: أن رَجُلًا لو زَوَّج ابنتَه رَجُلًا بشَهادة ابنَيه، فشَهِدا عندَ جُحودِ الزَّوجِ النِّكاحَ.

ودَعوى الأبِ أني زَوَّجتُها إيّاه إن كانت صَغيرةً: لم تُقبَل إجماعًا؛ لأنهما شَهِدا لأَبِيهما، وإن كانت كَبيرةً.. فعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تُقبَلُ؛ لأن للأَب مَنفَعةَ ثُبوتِ صِدقِه عندَ النّاسِ، فتَمكَّنت فيه التُّهمةُ، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تُقبَلُ؛ لأنها شَهادةٌ لأُختهما في الحَقيقة، فكانت دَعواه كلا دَعوى.

والثّانيةُ: أن رَجُلًا لو قال لعَبده: (إن كَلَّمتَ فُلانًا فأنت حُرٌّ)، فقال: (كَلَّمتُه)، وصَدَّقه فُلانٌ، وجَحَد الْمَولى، فشَهِد ابنا فُلانٍ بذلك: لم تُقبَل عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ، خِلافًا لمحمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لِما بَيَّنّا.

والثّالثةُ: أن يَشهَدَ مَولَيا الأمةِ أنَّ زَوجَها طَلَّقها، وهي جاحِدةٌ: لا تُقبَلُ هذه الشَّهادةُ

(١) سقطت هذه الفقرة من (م) و(ن).

(٢) في (ب) و(د): سيدها.

عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن فيها تَخليصَها عن حِبالة الزَّوجِ، فكانت شَهادةً لها، وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تُقبَلُ؛ لأنها شَهادةٌ عليها لا لها.

قال لِذي اليدِ: (بِعتَ من زيدٍ بألفٍ، وقَبَض، وباع منِّي بمِائة دِينارٍ، وقَبَضتُ)، وجَحَدا، وشَهِد ابنا ذِي اليدِ: قُضِي بالبَيعَين والثَّمَنَين، وإن ادَّعى الأبُ: لا، ويَسلَمُ للمُدَّعي بلا شيءٍ.

أمةٌ في يَد رَجُلٍ، فقال رَجُلٌ لذي اليدِ: (بِعتَها من زَيدٍ بألفٍ، وقَبَض، ثم باعها مني بمِائة دِينارٍ، وقَبَضتُها[1])، وجَحَد البائِعُ والْمُشتَري الأوَّلُ، وشَهِد ابنا ذي اليدِ بالبَيعَين: قُضِي بالبَيعَين والثَّمَنَين؛ لأنهما شَهِدا على أبِيهما، فتُقبَلُ.

وإن ادَّعى الأبُ لا تُقبَلُ، وتُسلَّمُ الأمةُ للمُدَّعي بإقرار ذي اليدِ بالبَيعَين، ولا شيءَ له على الْمُشترِيَين، أما على الْمُشتَري الأوَّلِ: فلأن البيعَ لم يَثبُت منه؛ لعَدَم قَبولِ الشَّهادةِ، وأما على الْمُشتَري الثَّاني: فلأنه لا يَدَّعي عليه شيئًا.

وكذا إن اتَّحَد جِنسُ الثَّمَنِ وادَّعى القبضَ، وإلا حُبِس به.

وكذا إن كان الثَّمَنان من جِنسٍ واحِدٍ، وادَّعى القبضَ، وإن لم يَدَّعِ ولم يَنقُد له: حَبَسها لاستِيفاء الألفِ إن كان الْمُدَّعي يَدَّعي أنه اشتَراها من مُشتَري ذي اليدِ بألف دِرهَمٍ استِحسانًا؛ لأنه ما أقَرَّ له بها إلا على وجهٍ تكونُ مَحبوسةً بالثَّمَن، والْمُدَّعي لَمَّا أقَرَّ أنه لم يَقبِض من الْمُشتَري الأوَّلِ فقد أقَرَّ أنها مَحبوسةٌ عنده بالثَّمَن، وليس له قبضُها إلا بعدَ نقدِ ما أقَرَّ به، فمتى نَقَد ذلك في مَجلِس القَضاءِ مُقِرًّا أنه حقُّ الأوَّلِ فقد ظَفِر البائِعُ بجِنس حقِّه من مال مَديونِه[2]، فيَأخُذُ قَدْرَ حقِّه منه.

---

(١) في (هـ): وقبضها.

(٢) العبارة في (ج): وليس له قبضها إلا بعدما نقد، فالحاصل: أنه لا فرق في حق المشتري الآخر=

ولأنه بائِعٌ منه[1] باعتِبار أنها سَلِمت له بإقراره، غيرُ بائِعٍ منه حَقيقةً، فأثبَتنا له حقَّ الحبسِ عندَ اتِّحادِ الجِنسِ لا عندَ الاختِلافِ؛ عمَلًا بهما.

بَرْهَن أنه وَكَّلني بحُقوقه، أو أَوصى: رُدّ، كالمُسخَر[2].

بَرْهَن أن فُلانًا وَكَّلني بحُقوقه، أو أَوصى إليّ: رُدّ؛ لأنه يَدَّعي على الْمُوكِّل عقدًا وهو غائِبٌ، وليس عنه خصمٌ حاضِرٌ، فلا تُقبَلُ بيِّنتُه؛ لأنها لا تُقبَلُ إلا على خصمٍ حاضِرٍ، فإن أحضَر رَجُلًا، وادَّعى أن لِمُوكِّله قِبَلَه حقًّا، وهو يُنكِرُ وَكالتَه، فأَقام البيِّنةَ على الوَكالة: تُقبَلُ[3]؛ لأن الحاضِرَ خصمٌ عن الغائِب.

قالُوا: ودلَّت الْمَسألةُ على جَواز إقامةِ البيِّنةِ على الْمُسخَّر[4]، فإن محمدًا رَحِمَهُ ٱللَّهُ قال: (فإن أحضَر رَجُلًا وادَّعى أن لِمُوكِّله عليه حقًّا)، ولم يَقُل: (أحضَر رَجُلًا للمُوكَّل عليه حقٌّ).

والصَّحيحُ: أن القاضِيَ إذا عَلِم أنه مُسخَّرٌ[5] لا يُجوِّزُ إقامةَ البيِّنةِ عليه.

= بين كونه محبوسًا في يد بائعه وبين كونه محبوسًا في يد نائب بائعه، فقد ظفر البائع بجنس حقه من مال مديونه... إلخ.

(١) في (أ) و(هـ): بائع له.

(٢) الوكيل المسخر: من نصبه القاضي وكيلاً عن المدعى عليه لغيابه، أو لما فيه حكم الغياب. «لغة الفقهاء» ص٥٠٩.

(٣) في (ب): لم يقبل.

(٤) في (ب): المستجر.

وتفسير الْمُسَخَّر: أنه ينصب القاضي وكيلًا عن الغائب لتُسمع الخصومة عليه، والقاضي يعلم أن المحضر ليس بخصم، فإنه لا تسمع الخصومة عليه، وإنما يجوز نصب الوكيل عمَّن اختفى في بيته بعدما نادى أمين القاضي على باب داره، كذا في «العمادية». «عيون البصائر» ٢/ ٣٩٥.

(٥) في (ب): مستجر.

وإن بَرْهَن على غَريمه: قُبِل على غَيره أيضًا.

فإن بَرْهَن على غَريمٍ للمُوكِّل، وهو يُنكِرُ وَكالتَه: تُقبَلُ عليه؛ لأنه على خصمٍ، وكذا على جَميع غُرَمائِه؛ لأنه أَقام البيِّنَةَ على وَكالةٍ ووِصايةٍ عامّةٍ.

وفي (وَكَّلني بكلِّ حقٍّ له قِبَلَ زيدٍ): هو[1] خصمُه فقط.

ولو ادَّعى أنه وَكَّله بكلِّ حقٍّ له قِبَلَ زَيدٍ: فهو خصمُه فقط.

وَكَّله عندَ قاضٍ، وغاب.. إن عَرَف الْمُوكِّلَ: قَضى، وإلا لا يَسمَعُ من الوَكيل البيِّنَةَ أنه فُلانُ بنُ فُلانٍ، إلا أن يُحضِرَ غَريمَه.

ولو وَكَّل رَجُلًا عندَ القاضِي، وغاب.. فإن عَرَف القاضِي الْمُوكِّلَ باسمه ونسَبِه: قَضى بالوَكالة، حتى إذا أحضَر الوَكيلُ رَجُلًا، وادَّعى عليه حقًّا، وهو يُنكِرُ وَكالةَ الوَكيلِ: جَعَل القاضِي الوَكيلَ خصمَه بلا بيِّنةٍ؛ لأن عِلمَ القاضِي بالْمُعايَنة فوقَ عِلمِه بالخَبَر.

وإن كان القاضِي لا يَعرِفُ الْمُوكِّلَ: لا يَسمَعُ من الوَكيل البيِّنَةَ أنه فُلانُ بنُ فُلانٍ؛ لأنه لا خصمَ هنا، إلا أن يُحضِرَ الوَكيلُ رَجُلًا، وادَّعى عليه حقًّا، وبَرْهَن أن الذي وَكَّله فُلانُ بنُ فُلانٍ.

ادَّعى على مُسلِمٍ وَكالةَ ذِمِّيٍّ، وأَقام ذِمِّيَّين: رُدَّت.

ولو ادَّعى مُسلِمٌ أنه وَكيلُ فُلانِ بنِ فُلانٍ الذِّمِّيِّ بكلِّ حقٍّ له، وأحضَر مُسلِمًا، وأَقام شاهِدَين ذِمِّيَّين: لا تُقبَلُ؛ لأنه شَهادةُ الكافِرِ على الْمُسلِم قصدًا.

ولو وَصِيّةً، أو كان الْمُحضَرُ ذِمِّيًّا: لا، وتَثبُتُ الوَكالةُ في حقِّنا تبَعًا.

---

(١) في (م) و(ن): وهو.

ولو ادَّعى أنه وَصِيُّ ذِمِّيٍّ، وشَهِد ذِمِّيّان على مُسلِم: تُقبَلُ؛ لأن الْمُسلِمين لا يَحضُرون موتَهم ووَصاياهم، فلو لم تُقبَل لضاعت حُقوقُهم، بخِلاف الوَكالة؛ لأنها من الْمُعامَلات في[1] حال الصِّحّةِ، وهم[2] يَحضُرون مَحافِلَ الْمُسلِمين في الْمُعامَلات.

وكذا لو كان الْمُحضِرُ ذِمِّيًا تُقبلُ، وتَثبُتُ وَكالتُه في حقِّ الْمُسلِمين تبَعًا.

نَسَبُ الوَلَدِ الْمُلاعَنِ ثابِتٌ في ردِّ شَهادتِه له ولأُصوله، وحُرمةِ الْمُناكَحةِ، ووضعِ الزَّكاةِ، ولا إرثَ[3] ولا نَفَقةَ من الطَّرَفين، كوَلَد الزِّنى، وكذا وَلَدُ أُمِّ وَلَدِه إن نَفاه.

نَسَبُ ولَدِ الْمُلاعَنِ ثابِتٌ في ردِّ شَهادتِه له ولأُصوله، وحُرمةِ الْمُناكَحةِ، ووضعِ الزَّكاةِ، ولا إرثَ ولا نَفَقةَ من الطَّرَفين، كوَلَد الزِّنى، وكذا ولَدُ أُمِّ ولَدِه إن نَفاه الْمَولى.

والأصلُ: أن الشُّبهةَ تَثبُتُ بطَريقَين: بحَقيقةٍ لا حُكمَ لها، كوَلَد الزِّنى الْمَخلوقِ من مائه، وبسبَبٍ لا حُكمَ له، كوَلَد اللِّعانِ، فإن السَّبَبَ مَوجودٌ؛ لأنه وُلِد على فِراشه، فاعتبَرنا الشُّبهةَ في ردِّ[4] الشَّهادةِ -لأنها تُرَدُّ بالتُّهمة بالحَديث[5]- وحُرمةِ الْمُناكَحةِ ووضعِ الزَّكاةِ؛ لأن الحُرُماتِ والعِباداتِ مما يُحتاطُ فيها، دونَ الإرثِ والنَّفَقةِ؛ لأن المالَ إذا حَلَّ من وجهٍ دونَ وجهٍ يُؤخَذُ بالحُرمة احتِياطًا.

باع أحَدَ التَّوأمَين، وحَرَّره مُشترِيه، فشَهِد لبائِعه: تُقبَلُ، فلو ادَّعى الباقِيَ: ثَبَت نَسَبُهما، وبطَل البيعُ، والعَتقُ، والقَضاءُ.

---

(١) في (ب): وفي.

(٢) في (ب): هم.

(٣) في (ف): والإرث.

(٤) في (أ): أداء.

(٥) تقدم الكلام عن رد شهادة المتهم.

باع أحدَ التَّوأمَين، وحَرَّره مُشتَريه، فشَهِد لبائِعه: تُقبَلُ؛ لأن شَهادةَ مُعتَقِ الإنسانِ له جائِزةٌ، فشَهادةُ مُعتَقِ غيرِه أَولى.

فلو ادَّعى نسَبَ الولَدِ الذي عندَه ثبَت نسَبُهما، وبَطَل البيعُ والعَتقُ والقَضاءُ ضَرورةَ ثُبوتِ النَّسَبِ؛ لأن شَهادةَ الابنِ لا تكونُ حُجّةً للأَب.

ابنا مُلاعَنَةٍ من بطنٍ: كأَخَوَين لأُمٍّ إرثًا.

ابنا مُلاعَنَةٍ من بطنٍ: كأَخَوَين لأُمٍّ إرثًا، حتى لو تَزوَّجت أُمُّهما بآخَرَ، وجاءت بابنٍ، فمات أحدُ ابنَي الْمُلاعنَةِ: فللأُمِّ السُّدُسُ، وللأَخَوَين الثُّلُثُ، والباقِي يُرَدُّ عليهم؛ لأن النَّسَبَ انقطَع من الأَب، فكانا أَخَوَين لأُمٍّ، وكذا هذا في وَلَد الزِّنى.

شَهِدا بأنه وارِثُه، أو ابنُ ابنِه، أو أَخُوه، أو جدُّه، أو جَدّتُه، أو مَولاه: تُرَدُّ بلا بَيانٍ.

شَهِدا بأنه وارِثُ هذا الميْتِ: لم تُقبَل ما لم يُثبِتا[1] جِهةَ الوِارثةِ.

والأصلُ: أن الشَّهادةَ بالْمَجهول لا تُقبَلُ؛ لأن القاضِيَ لا يَتمكَّنُ من القَضاء به، والشَّهادةُ بالإرث مَجهولةٌ؛ لأن في أَسباب الإرثِ كَثرةً، وتَختلِفُ أحكامُها، ولا يُعلَمُ أنه حاجِبٌ أو مَحجوبٌ.

وكذا لو شَهِدا بأنه ابنُ ابنِه، أو أَخُوه، أو جدُّه، أو جدّتُه، أو مَولاه: تُرَدُّ بلا بَيانٍ، وذا بأن يَقولَ في الأوَّل بأنه وارِثُه، وفي الأَخ: أَخُوه[2] لأَبيه وأمِّه، أو لأَبيه، أو لأُمِّه.. ووارِثُه؛ لأن هؤلاء يُحجَبون[3] بحالٍ، وبعضُهم صاحِبُ فرضٍ، وبعضُهم عَصبةٌ، وفي الجدّ: أَبُو أَبِيه، أو أَبُو أُمِّه، وفي الجدّة: أُمُّ أُمِّه، أو أُمُّ أَبِيه، وفي الْمَولى: مُعتِقُه أو مُعتَقُه.. ووارِثُه، لا

(١) في (أ): يبينا.

(٢) في (ب): وفي الآخر أنه أخوه.

(٣) في (هـ): لا يحجبون.

يَعلَمُ له وارِثًا غيرَه.

وبالدَّين، ومِلكِ العَينِ، وبأنه ابنُه، أو ابنتُه، أو أُمُّه، أو أبُوه: لا.

وفي الشَّهادة بالدَّين ومِلكِ العَينِ: تُقبَلُ بلا بَيان السَّبَبِ؛ لأن الْمِلكَ لا يَختلِفُ باختِلاف أسبابِه.

وكذا في الشَّهادة بأنه ابنُه، أو بِنتُه، أو أُمُّه، أو أبُوه.. لا يُحتاجُ إلى قَوله: (ووارِثُه)؛ لأن هؤلاء لا يَسقُطون بحالٍ.

وبأنه جدُّه أبُو أبِيه ووارِثُه، وقُضِي، وبَرْهَن آخَرُ أنه أبُوه: وَرِث أبُوه.

ولو شَهِدا بأنه جدُّ الميْتِ أبُو أبِيه ووارِثُه، وقُضِي بنَسَبه وبالْمِيراث، ثم بَرْهَن آخَرُ أنه أبُ الميْتِ: يُجعَلُ الْمِيراثُ للثّانِي.

وبأن قاضِيَ بَلَدِ كذا قَضى بأنّي[1] وارِثُه: قُضِي بإرثه، بَيَّن أوْ لا.

ولو شَهِدا عندَ القاضِي أن قاضِيَ بلَدِ كذا قَضى بأنه وارِثُ الميْتِ، ولا وارِثَ له غيرُه: قُضِي بإرثه، بَيَّن أوْ لا[2]؛ لأن الظّاهرَ أن القاضِيَ الأوَّلَ قَضى بوِراثته بسبَبٍ مَعلومٍ، وصَحَّ قَضاؤُه.

فلو بيَّن، وبَرْهَن[3] آخَرُ بنَسَبٍ يَحجُبُه[4] أو يُشارِكُه: قُبِل، وحُجِب، أو شارَكَ.

ولو بَيَّن وبَرْهَن آخَرُ بنسَبٍ يَحجُبُه أو يُشارِكُه: قُبِل، وحُجِب أو شارَكَ، حتى لو

(١) في (س): بأنه.

(٢) في (ب): بإرثه أولاً، وفي (هـ): بين أولاء.

(٣) في (م) و(ن): فلو برهن.

(٤) الحجب لغة: مطلق المنع، واصطلاحًا: منع شخص معين عن ميراثه، كلاً أو بعضًا، بوجود آخر، والأول حجب حرمان والثاني نقصان. «التوقيف» ص١٣٦.

بَيَّن الأوَّلُ أنه ابنُ الميْتِ، وبَرْهَن[1] الآخَرُ أنه ابنُه: فالإرثُ بينَهما، ولو بَرْهَن الثّانِي أنه أبُ الميْتِ: جُعِل للثّانِي السُّدُسُ؛ لظُهور الخطَأِ بهذا القَدْرِ، والباقِي للأوَّل.

ولو كانا أبوَين، أو مُعتِقَين: فالإرثُ للثّانِي، ورُدَّ بيِّنةُ الأوَّلِ بعدَ القَضاءِ للثّانِي، إلا أن يُبرهِنَ على القَضاء به، وقبْلَه شَرِكَا، والأبُ أحَدُهما.

ولو ذَكَر الأوَّلُ بأنه جدُّ الميْتِ، وبَرْهَن الثّانِي بأنه أبُ الميْتِ: فالإرثُ للثّانِي، ولو ذَكَر الأوَّلُ أنه أبُ الميْتِ، وبَرْهَن الثّانِي أنه ابنُ الميْتِ: جُعِل للثّانِي خمسةُ أسداسِ الإرثِ، وللأوَّل السُّدُسُ.

ولو بَرْهَن الثّانِي أنه أبُ الميْتِ أيضًا: فالإرثُ للثّانِي؛ لأن نسَبَه ثَبَت بالبيِّنة، ونسَبَ الأوَّلِ لا، فكان أَولى؛ وهذا لأن التَّعدُّدَ في الأَب مُحالٌ، إلا أن عندَ استِواءِ الحُجّةِ جُعِل الْمِيراثُ بينَهما، ولا مُساواةَ هنا.

والجَوابُ في الْمُعتِق كالجَواب في الأَب؛ لأن الشَّخصَ الواحِدَ كما لا يُتصوَّرُ أن يَكونَ ابنًا لرَجُلَين لا يُتصوَّرُ أن يَكونَ مُعتَقَ رَجُلَين على الكَمال.

ورُدَّ بيِّنةُ الأوَّلِ على أُبُوّتِه بعدَ القَضاءِ للثّانِي، إلا إذا بَرْهَن الأوَّلُ على أن القاضِيَ قَضى بأنه أبُ الميْتِ، فكان أَولى، وبَطَل نسَبُ الثّانِي؛ لظُهور خطَأِ القَضاءِ[2] الثّانِي.

ولو بَرْهَن الأوَّلُ على أُبُوّته قبلَ القَضاءِ للثّانِي: اشترَكا في الإرث؛ لاجتِماع الحُجّتَين، والأبُ أحَدُهما في الحَقيقة، حتى لو مات أحَدُهما تَعيَّن الآخَرُ أبًا.

وكذا الحُكمُ في الوَلاء على هذه الوُجوهِ.

---

(١) في (ج): وبين.

(٢) في (ج) و(د): القاضي، وفي (هـ): خطأ القاضي بالقضاء للثاني.

وإن كان الأوَّلُ مَعتوهًا[1]، أو صَغيرًا: جَعَله ابنًا لو ذَكَرًا، وبِنتًا لو أُنثى، وحُجِب الثّاني به، أو يُشارِكُه مَن صار خصمًا في حادِثةٍ رُدَّت شَهادتُه فيها، والوَصِيُّ يَصيرُ خصمًا بقَبوله، والوَكيلُ لا حتى يُخاصِمَ.

وإن كان الأوَّلُ مَعتوهًا، أو صَغيرًا لا يَقدِرُ على البَيان: جَعَله القاضِي ابنًا لو كان ذَكَرًا، فإن جاء الثّانِي وبَرْهَن أنه أبُ الميْتِ: جَعَل للثّانِي سُدُسَ المالِ، وإن بَرْهَن أنه أخُ الميْتِ: يَجعَلُه مَحجوبًا بالأوَّل، وإن كان الأوَّلُ امرَأةً: جَعَله بِنتًا للمَيْت، وجَعَل لها جَميعَ المالِ بالفَرض والرَّدّ.

فإن جاء آخَرُ وادَّعى أنه أخُ الميْتِ: يُعطِيه النِّصفَ، وإن ذَكَر الثّانِي أنه ابنُه: يُعطِيه الثُّلُثَين.

وَصِيٌّ عُزِل، فشَهِد للمُوصِي بمالٍ: رُدَّت.

وَكَّله بكلِّ[2] حقٍّ له قِبَلَ زيدٍ بحَضرة القاضِي، فخاصَمه في ألفٍ، فعُزِل، وشَهِد به: رُدَّت، وبغَيره لا.

الأصلُ: من صار خصمًا في حادِثةٍ رُدَّت شَهادتُه في تلك الحادِثةِ؛ لقَوله

---

(١) المعتوه: من كان قليل الفهم، مختلط الكلام، فاسد التدبير، ضعيف الرأي، ناقص العقل. «التوقيف» ص٣٠٩.

العته: التجنن والرعونة. «المطلع» ص٤٥٨.

عَتِه عَتَهًا -من باب تعب- وعَتَاهًا بالفتح: نقص عقله من غير جنون أو دَهَشٍ، وفيه لغة فاشية عُتِه بالبناء للمفعول عَتاهةً بالفتح وعتاهية بالتخفيف، فهو معتوه بَيِّن العته، وفي «التهذيب»: المعتوه المدهوش من غير مس أو جنون. «المصباح» ٢/ ٣٩٢.

(٢) في (ف): بأول.

صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا شَهادةَ لخصمٍ[1]»[2]، والوصِيُّ يَصيرُ خصمًا بقَبول الوِصايةِ بعدَ موتِ الْمُوصِي[3] قبلَ الخُصومةِ؛ لأن الوِصايةَ خِلافةٌ كالوِراثة، فقام مَقامَ الميْتِ بمُجرَّد القَبولِ، حتى لو رَدَّ الإيصاءَ بعدَ موتِ الْمُوصِي لا يَصيرُ خصمًا، وقُبلت شَهادتُه، والوَكيلُ بالخُصومة لا يَصيرُ خصمًا ما لم يُخاصِم؛ لأن التَّوكيلَ استِنابةٌ، فما لم يُخاصِم لا يَصيرُ خصمًا.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: يَصيرُ خصمًا بنَفس التَّوكيلِ، حتى لو وَكَّله بالخُصومة في دارٍ، ثم عَزَله قبلَ أن يُخاصِمَ، ثم شَهِد في تلك الحادِثةِ: لا تُقبَلُ عندَه، وعندهَما: تُقبَلُ.

وصِيٌّ عُزِل، فشَهِد للمَيْت بمالٍ: لا يُقبَلُ؛ لِما مَرَّ أنه صار خصمًا بقَبول الوِصايةِ.

ولو وَكَّله بكلِّ حقٍّ له قِبَلَ فُلانٍ بحَضرة القاضِي، فخاصَمه في ألفٍ، فعُزِل.. فإن شَهِد بذلك الألفِ: رُدَّت؛ لأنه صار خصمًا، وإن شَهِد بمالٍ آخرَ: لا تُرَدُّ؛ لأنه لم يُخاصِم في مالٍ آخرَ.

ولو أثبَتها بحُجّةٍ: رُدَّت في كلِّ حقٍّ قائمٍ وقتَ التَّوكيلِ، لا[4] فيما حَدَث بعدَه.

وإن لم يَعلَم القاضِي بوَكالته، وأنكر فُلانٌ وَكالتَه، وأثبَتها بالبَيِّنة، ثم عُزِل وشَهِد:

---

(١) في (هـ): للخصم.

(٢) رواه أبو داود في «المراسيل» (٣٩٦).

وروى عبد الرزاق (١٥٣٦٥) عن أبي هريرة قال: بعث رسول الله صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مناديًا في السوق أنه لا تجوز شهادة خصم، ولا ظنين. قيل: وما الظنين؟ قال: المتهم في دينه.

ورواه ابن أبي شيبة (٢٠٨٢٣)، والبيهقي (٢٠٨٦٠).

(٣) في (هـ): الوصي.

(٤) في (ن) حاشية مصححة: (وأثبتها بالبينة وعزل وشهد: ردت شهادته للموكل بكل حق وقت التوكيل؛ لأنه إذا احتاج إلى إثبات الوكالة). وكلمة (لا) سقطت من (ف).

رُدَّت شَهادتُه للمُوكِّل في كلِّ حقٍّ قائِمٍ وقتَ التَّوكيلِ؛ لأنه إذا احتَاج إلى إثبات الوَكالةِ بكلِّ حقٍّ قِبَلَ فُلانٍ -ولا يَكونُ ذلك إلا بالخُصومة- فقد تَحقَّقت الخُصومةُ في كلِّ الحُقوقِ، إلا إذا شَهِد بحقٍّ حادِثٍ بعدَ تارِيخِ الوَكالةِ، فحينَئذٍ تُقبَلُ؛ لأن تلك الوَكالةَ لم تَتناوَل الحقَّ الحادِثَ.

أثبَت وَكالتَه بكلِّ حقٍّ له في هذا البَلَدِ، فخاصَم واحِدًا: فهو خصمٌ له ولغَيره في كلِّ حقٍّ قائِمٍ أو حادِثٍ قبلَ العزلِ، لا بعدَه.

فإن كانت الوَكالةُ عامّةً، بأن بَرْهَن أنه وَكَّله بالخُصومة بكلِّ حقٍّ له في هذا البلَدِ، فخاصَم واحِدًا من أَهل البلَدِ، وأثبَت الوَكالةَ عليه: فهو خصمٌ له ولغَيره في كلِّ حقٍّ قائِمٍ أو حادِثٍ بعدَ الوَكالةَ قبلَ العزلِ؛ لأن اللَّفظَ عامٌّ، فيَتناوَلُ الكلَّ استِحسانًا؛ للعُرف، إلا إذا كان حقًّا عُرِف حُدوثُه بعدَ العزلِ، فتُقبَلُ شَهادتُه؛ لأنه لم يَصِر خصمًا فيه، ولهذا لا يَقدِرُ على الخُصومة فيه.

أثبَت أنه وَكَّله وفُلانًا الغائِبَ: تُقبَلُ، وصارا خَصمَين، وكذا الوصِيّةُ(1).

ولو أثبَتْ بالبيِّنة أن فُلانًا وَكَّله وفُلانًا الغائِبَ بالخُصومة في كلِّ حقٍّ في هذا البلَدِ: تُقبَلُ، وصارا خَصمَين، وكذا الوصِيّةُ؛ لأن الوَكالةَ واحِدةٌ.

وَكَّله بكلِّ حقٍّ له قِبَلَ زيدٍ وبكرٍ وذَرٍّ، فخاصَم زيدًا، وقُضِي: صار خصْمَ الكلِّ.

ولو بَرْهَن أن فُلانًا وَكَّله بالخُصومة في كلِّ حقٍّ له قِبَلَ زيدٍ وبكرٍ وذَرٍّ، فخاصَم زيدًا، وبَرْهَن على وَكالته: صار خصمًا للكلّ، حتى لو عُزِل وشَهِد للمُوكِّل على واحِدٍ منهم: لا تُقبَلُ.

---

(1) قوله: (وكذا الوصية) مثبت من (ع) و(ف).

بَرْهَن على وَكالته، ولم تُزَكَّ[1]، فجاء ببيِّنة الحقِّ: تُسمَعُ[2].

فإن بَرْهَن على وَكالته، ولم تُزَكَّ، فجاء ببيِّنة الحقِّ: تُقبَلُ، **والقِياسُ**: أن لا تُقبَلَ؛ لأن البيِّنَةَ على المال إنما تُقبَلُ من الخَصم، وقبلَ القَضاءِ بالوَكالة له لم يَثبُت كونُه خصمًا.

وجهُ القَبولِ: أن على اعتِبار التَّزكيةِ تَثبُتُ وَكالتُه من وَقت إقامةِ البيِّنةِ، فتَبيَّن أن إقامةَ البيِّنةِ على الحقِّ كان من الخَصم.

فإن زُكِّيَا: قُضِي بهما، وتُقدَّمُ الوَكالةُ.

فإن زُكِّيت البيِّنتان قُضِي بالوَكالة والحقِّ جميعًا، ويُقدَّمُ القَضاءُ بالوَكالة؛ لأن القَضاءَ بالمال مُرتَّبٌ على كَونه وَكيلًا.

فإن زُكِّيت بيِّنةُ الوَكالةِ فقط[3]: قُضِي بها، لا به، وبالعَكس: لم يُقضَ بشيءٍ.

فإن زُكِّيت بيِّنةُ الوَكالةِ فقط قُضِي بالوَكالة لا بالحقّ، وإن زُكِّيت بيِّنةُ الحقِّ فقط لم يُقضَ بشيءٍ؛ لأنه إذا لم تَثبُت وَكالتُه لا تُسمَعُ البيِّنةُ على الحقّ؛ لأنه لم يَصِر خصمًا بعدُ، والبيِّنةُ على الحقِّ لا تُقبَلُ إلا من الخَصم.

أحضَر غريمًا أو وارِثًا، وبَرْهَن أن الميْتَ أوصى إليه، وغاب قبلَ التَّزكِيةِ، فأحضَر غَريمًا أو وارِثًا آخَرَ: قُضِي عليه، كما لو غاب الوَكيلُ قبلَ التَّزكِيةِ فحَضَر المُوكِّلُ، أو بالعَكس.

---

(١) أي بينة الوكالة.

(٢) في (ف): تقبل.

(٣) في (م): دونه.

أحضَر غَريمًا أو وارِثًا، وبَرْهَن أن الميْتَ أوصى إليه، وغاب الْمُحضَرُ قبلَ التَّزكيةِ، فأحضَر غَريمًا أو وارِثًا آخرَ: قُضِي عليه بالوِصاية، ولا يُحتاجُ إلى إعادة البيِّنةِ؛ لأن الذي أحضَره صار خصمًا عن باقِي الوَرَثةِ والغُرَماءِ، وصار كما لو أقام البيِّنةَ على الوَكيل، فغاب الوَكيلُ وحَضَر الْمُوكِّلُ: يُقضى على الْمُوكِّل، أو أَقام على الْمُوكِّل، فغاب الْمُوكِّلُ، وحَضَر الوَكيلُ: يُقضى على الوَكيل بدُون إعادةِ البيِّنةِ.

رُدَّت شَهادةٌ تَضمَّنت جرَّ غُنْمٍ، أو دَفْعَ غُرْمٍ، أو نَقْضَ قَضاءٍ أُمضِي عليه.

الأصلُ: أن الشَّهادةَ إذا تَضمَّنت جرَّ غُنمٍ، أو دفْعَ غُرمٍ، أو نَقْضَ قَضاءٍ أُمضِي عليه: تُرَدُّ؛ للتُّهمة.

وقُدِّم العَتقُ الْمُنجَّزُ على كلِّ وَصِيَّةٍ.

وقُدِّم العَتقُ الْمُنجَّزُ على كلِّ وصِيَّةٍ؛ لأنه أَقوى؛ لأنه لا يَقبَلُ الفسخَ، وسائِرُ الوَصايا تَقبلُه.

تَرَكَ ثَلاثةَ أعبُدٍ قِيَمُهم[1] سَواءٌ، فشَهِدا أنه أَوصى بهذا لهذا، وقُضِي، ووارِثان بغَيره لآخَرَ: رُدَّت، وقبلَه لا، والعبدُ للثَّاني إن ذَكَرا الرُّجوعَ، وإلا لكلٍّ نِصفُ عبدِه.

رَجُلٌ مات وتَرَكَ ثَلاثةَ أعبُدٍ قِيَمُهم[2] سَواءٌ، فشَهِد شاهِدان أنه أَوصى بهذا العبدِ لهذا الرَّجُلِ، وقُضِي بالعَبد له، وشَهِد الوارِثان بغَيره لرَجُلٍ آخرَ: رُدَّت؛ لأنه تَضمَّن نَقْضَ قَضاءٍ أُمضِي عليهما.

وإن شَهِدا للثَّاني قبلَ القَضاءِ تُقبَلُ؛ لأنه لم يَتضمَّن نَقْضَ القَضاءِ، والعبدُ للثانِي

(١) في (ن) و(ف): قيمتهم.

(٢) في سوى (أ): قيمتهم.

إن ذَكَرا الرُّجوعَ عن الوَصِيّة الأُولى، ولا شيءَ للأوَّل؛ لأن الرُّجوعَ عن الأُولى[1] ثَبت بشَهادتهما، فتَبطُلُ وصِيّتُه، كما لو ثَبَت ذلك عِيانًا.

وإن لم يَذكُرا الرُّجوعُ فلكلٍّ نِصفُ عبدِه؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما أثبَت وصِيّتَه بالبيِّنة، والوَصايا إذا اجتَمَعت لا تُنفَّذُ إلا في[2] الثُّلث، فيُجعَلُ الثُّلُثُ بينهما، كما لو ثَبَتت وصِيّتُهما عِيانًا.

وبعَينه للثّاني بعدَ القَضاءِ، وذَكَرا الرُّجوعَ: رُدَّت فيه فقط، وإلا لا، والعبدُ بينَهما فيهما.

هذا إذا شَهِدا للثّاني بعبدٍ آخرَ، فإن شَهِدا بعَين العبدِ الأوَّلِ للثّاني بعدَ القَضاءِ، وذُكِر الرُّجوعُ: رُدَّت شَهادتُهما على الرُّجوع؛ لأن فيه نَقضَ القَضاءِ، وتُقبلُ شَهادتُهما بالوَصِيّة للثّاني؛ لأنه لا يَتضمَّنُ نَقْضَ القَضاءِ.

وإن لم يُذكَر الرُّجوعُ لا تُرَدُّ؛ لأنه لم يَتضمَّن نَقْضَ القَضاءِ، والعبدُ بينَهما فيهما[3] نِصفَين.

وبالعَتق بعدَ القَضاءِ للأوَّل بالعَبد أو الثُّلُثِ: رُدَّت، وبالثُّلُث له.

هذا إذا شَهِدا بالوَصِيّة للثّاني، فإن شَهِدا بالعَتق بعدَ القَضاءِ بالوَصِيّة للأوَّلِ بالعَبد أو بالثُّلُث: رُدَّت، سَواءٌ شَهِدا بإعتاق عبدٍ آخرَ أو بذلك العبدِ، ذَكَرا الرُّجوعَ أو لم يَذكُرا؛ لتَضمُّنه نَقْضَ القَضاءِ؛ لكَون العَتقِ مُقدَّمًا على الوَصِيّة.

ووارِثان به لآخَرَ بعدَ القَضاءِ، ولم يَذكُرا الرُّجوعَ: تُقبَلُ، وبذِكره: تُقبَلُ عليها دونَه.

(١) في (ب): الإرث، وفي (ج): الأول.

(٢) في (ج): من.

(٣) في (د): فهما.

ولو شَهِد شاهِدان بالوَصِيّة بالثُّلُث للأوَّل، ثم شَهِد الوارِثان بالوَصِيّة بالثُّلُث لآخرَ بعدَ القَضاءِ للأوَّل، ولم يَذكُرا الرُّجوعَ: تُقبَلُ؛ لأنه ليس فيه نَقْضُ القَضاءِ؛ لأنه ثَبت وَصِيَّةُ كلِّ واحِدٍ بكلِّ ثُلُثٍ، ولهذا يَتضارَبان بكلِّ الثُّلُثِ.

وإن ذَكَرا الرُّجوعَ: تُقبَلُ على الوَصِيّة دونَ الرُّجوعِ؛ لأن في الرُّجوع نَقْضَ القَضاءِ.

وقِسمةُ القاضِي وتَسليمُه[1]: قَضاءٌ.

وقِسمةُ القاضِي وتَسليمُه كقَضائه، حتى لو لم يَذكُرا الرُّجوعَ، ولكن شَهِدا بعدَ قِسمةِ القاضِي المالَ بينَ الْمُوصَى له وبينَ الوَرَثةِ: تُرَدُّ؛ لأن فيه نَقْضَ قِسمةِ القاضِي، وقِسمتُه قَضاؤه.

وبالإيصاء إليه وقُضِي، وغَريمان أو وارِثان أو مُوصًى لهما.. به إلى آخَرَ، وهو يَدَّعي، أو أقَرَّ وارِثٌ بثُلُثٍ أو عبدٍ وَصِيّةً، وقُضِي، فشُهِد به أو بغَيره وَصِيّةً لآخَرَ، أو أقَرَّ بدَينٍ وقُضِي فشُهِد بدَينٍ لآخَرَ، ولم تَفِ التَّرِكةُ بهما[2]: رُدَّت.

ولو شَهِد شاهِدان أن الميْتَ أَوصى إلى هذا الرَّجُلِ، وقُضِي به، ثم شَهِد الغَريمان أو الوارِثان أو الْمُوصَى لهما بالإيصاء إلى رَجُلٍ آخرَ، وهو يَدَّعي ذلك: لا تُقبَلُ؛ لأن الأوَّلَ كان يَنفرِدُ بالتَّصرُّف، فلو قُبِلت الشَّهادةُ لا يَنفرِدُ الأوَّلُ، فكان فيه نَقْضُ القَضاءِ.

وكذا إن أقَرَّ الوارِثُ أن الميْتَ أَوصى بثُلُث مالِه أو بهذا العبدِ لفُلانٍ، وقُضِي به، ثم إنه شَهِد مع رَجُلٍ آخرَ أنه أَوصى بثُلُث مالِه، أو بذلك العبدِ، أو بعبدٍ آخرَ.. لآخرَ: لا تُقبَلُ؛ لأنها لو قُبِلت لبَطَل القَضاءُ الأوَّلُ؛ لأن ذا ثابِتٌ بالإقرار، والثانِي ثابِتٌ بالبيِّنة، فكان فوقَه.

---

(١) في (س) و(ع): وتسلمه.

(٢) في (م): بينهما.

وكذا إن أقَرَّ الوارِثُ بدَين رَجُلٍ على الميْت، وقُضِي به، ثم شَهِد مع رَجُلٍ آخرَ بالدَّين على الميْت لرَجُلٍ آخرَ، ولم تَفِ التَّرِكةُ بهما: لا تُقبَلُ؛ لأنها لو قُبِلت لبَطَل القَضاءُ الأوَّلُ؛ لِما مَرّ، حتى لو كان القَضاءُ للأوَّل بشَهادة شاهِدَين تُقبَلُ الشَّهادةُ بالدَّين للثّانِي[1]؛ لأن بقَبوله لا يَبطُلُ القَضاءُ بالدَّين الأوَّلِ[2]، ولهذا يَتحاصّان[3].

وقبلَ القَضاءِ: تُقبَلُ في الكلّ، إلا أن يُقِرَّ وارِثٌ بثُلُثٍ أو عبدٍ أو دَينٍ للأوَّل، وسُلِّم إليه، فشُهِد للثّانِي.

وإن كانت الشَّهادةُ للثّانِي قبلَ القَضاءِ للأوَّل: تُقبَلُ في الوُجوه كلِّها، إلا إذا أقَرَّ الوارِثُ بالثُّلُث أو بالعَبد أو بالدَّين للأوَّل، وسَلَّم[4] إلى الأوَّل ما أقَرَّ به، ثم شَهِد للثّانِي: لا تُقبَلُ؛ لأن فيه نَقْضَ تَسليمِ نفسِه.

وكذا لا تُقبَلُ شَهادتُه للثّانِي إذا وُجِد[5] التَّسليمُ إلى الأوَّل من القاضِي؛ لأن فيه نَقْضَ تَسليمِ القاضِي، وتَسليمُه قَضاؤُه، والله أعلَمُ.

(١) في (هـ): الثاني.

(٢) في (ب): للأول.

(٣) في (هـ): ولهذا لا يتخاصمان.

(٤) في (أ): أو سلم.

(٥) في (ب): قصد.

بَابُ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ

الشَّهادةُ على الشَّهادة تُقبَلُ فيما لا يَسقُطُ بالشُّبهة.

الشَّهادةُ على الشَّهادة جائِزةٌ في كلِّ حقٍّ لا يَسقُطُ بالشُّبهة، استِحسانًا.

والقِياسُ: أن لا تَجوزَ؛ لتَمكُّن زِيادةِ الشُّبهةِ فيها؛ إذ الأخبارُ إذا تَناسخَتْها الألِسنةُ تَتمكَّنُ فيها زِيادةٌ ونُقصانٌ.

وجهُ الاستِحسانِ: أن النّاسَ يَحتاجُون إليها، فإن الأصلَ قد يَعجِزُ عن أداء الشَّهادةِ لِمَوته، أو لسَفَره[1]، أو لغَيبته، فلو لم تُقبَل شَهادةُ الفُروعِ لتَعطَّلت حُقوقُ النّاسِ.

وكما تَجوزُ في دَرَجةٍ تَجوزُ في دَرَجاتٍ، حتى تَجوزُ الشَّهادةُ على شَهادة الفُروعِ، ثُمَّ وثُمَّ؛ صِيانةً لحُقوقهم عن الإتواء، إلا أن فيها شُبهةً من حيث البَدَليَّةُ، فلا تُقبَلُ فيما يُدرَأُ بالشُّبُهات، كالحُدود والقِصاصِ، كشَهادة الرِّجالِ مع النِّساءِ[2]، بل أَولى؛ لأن شَهادةَ الرِّجالِ مع النِّساءِ في صُورة الخَلَفِ، وليست بخَلَفٍ حَقيقةً، حتى يَجوزُ العمَلُ بشَهادة رَجُلٍ وامرَأتَين مع القُدرةِ على استِشهاد رَجُلَين، وهذه خَلَفٌ حَقيقةً، حتى لا يُصارُ إليها إلا عندَ العجزِ عن شهادة الأصول وإن لم يُشترَط[3] العجزُ عن شَهادة سائِرِ الأُصولِ.

---

(١) في (ج): أو مرضه.

(٢) في (ب): النساء مع الرجال.

(٣) في (هـ): يسقط.

وقالُوا: إنَّ مَعنى البَدَليَةِ لا يَقوى؛ لأن القاضِيَ يَقضِي بشاهِدٍ[1] شَهِد أصلًا، وبشَهادة شاهِدَين على شَهادة آخرَ، ولا يَجوزُ تكميلُ الأصلِ بالبَدَل، كما في الوُضوء والتَّيمُّمِ.

ويَجوزُ القَضاءُ بذلك مع القُدرةِ على شَهادة الأُصولِ، ولكن في الشَّهادة على الشَّهادة شُبهةٌ زائِدةٌ يُمكِنُ الاحتِرازُ عنها بحبس[2] الشُّهودِ؛ لأن الشُّبهةَ في عامَّة الشَّهاداتِ تَثبُتُ في الْمَشهود به، أحَقٌّ أم لا، وهنا تَثبُتُ شُبهةٌ زائِدةٌ في نَفس الشَّهادة أنها هل وُجِدت من الأُصول أم لا.

فإن قِيل: ذَكَر في «الْمَبسوط»: أن الشّاهِدَين إذا شَهِدا على شَهادة شاهِدَين أن قاضِيَ بلَدِ كذا ضَرَب فُلانًا حدًّا في قذفٍ: فهو جائِزٌ.

قُلنا: لأن الْمَشهودَ به فِعلُ القاضِي لا نفسُ الحدِّ، وفِعلُ القاضِي مما يَثبُتُ مع الشُّبُهاتِ، وإنما الذي لا يَثبُتُ بالشُّبُهات الأسبابُ الْمُوجِبةُ للعُقوبة، وإقامةُ القاضِي حدَّ القذفِ ليست بسبَبٍ مُوجِبٍ للعُقوبة.

فإن قِيل: أليس إن إقامةَ الحدِّ مُسقِطةٌ للشَّهادة بطَريق العُقوبةِ؟!

قُلنا: لا، ولكن ردُّ شَهادتِه من تَمام حدِّه، فيَكونُ سبَبُه ما هو السَّبَبُ الْمُوجِبُ للحدّ، وهو القذفُ.

إن شَهِد رَجُلان[ف] على شَهادة رَجُلَين[3]، لا رَجُلٌ على رَجُلٍ[ك].

فإن شَهِد رَجُلان على شَهادة رَجُلَين: جاز عندَنا.

---

(١) في (هـ): بشهادة شاهد.

(٢) كذا في (هـ)، وفي (ج): بجنس، وفي باقي النسخ غير منقوطة.

(٣) في (س): رجل.

وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يجوزُ إلا الأربعُ، على كلِّ أصلٍ اثنان؛ لأن الفرعين قائمان مَقامَ أصلٍ واحدٍ، فلا تَتِمُّ الحُجَّةُ بهما، كالمرأتين لَمّا قامتا مَقامَ رَجُلٍ واحدٍ لم تَتِمَّ الحُجَّةُ بهما.

ولنا: قولُ عليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: لا يجوزُ على شَهادة رَجُلٍ إلا شَهادةُ رَجُلَين[1]. ذَكَره مُطلَقًا ولم يُروَ عن غَيره خِلافُه، فحَلَّ محَلَّ الإجماعِ.

ولأن طَريقَ الجَوازِ أن يَنقُلَ الفرعُ بشَهادته شَهادةَ الأصلِ إلى مَجلِس القَضاءِ، فصار نقلُ شَهادةِ الأصلِ من الحُقوق، فهما شَهِدا بحقٍّ من الحُقوق، ثم شَهِدا بحقٍّ آخَرَ، فتُقبَلُ؛ وهذا لأنهما إذا شَهِدا على شَهادة أحَدِهما[2] تَثبُتُ شَهادتُه في مَجلِس القَضاءِ، كما لو حَضَر بنَفسه فشَهِد.

ثم إذا شَهِدا على شَهادة الآخَرِ تَثبُتُ شَهادتُه أيضًا في مَجلس القَضاءِ، فلا فرقَ بينَ شَهادتِهما على شَهادته وبينَ شَهادةِ رَجُلَين آخَرَين عليهما.

ولا تُقبَلُ شَهادةُ رَجُلٍ على رَجُلٍ، خِلافًا لمالِكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لِما رَوَينا عن عليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، ولأن شَهادةَ الأصلِ لا تَثبُتُ عندَ القاضِي إلا بشَهادة شاهِدَين، كإقرار المُقِرِّ.

والإشهادُ أن يَقولَ: (أشهَدُ أن لزَيدٍ على بَكرٍ كذا، فاشهَدا على شَهادتي)، لا: (اشهَدا علَيَّ به)، أو: (إشهَدا بشَهادتي).

---

(١) قال العلامة قاسم في «منية الألمعي» ص٥٠: رواه محمد في «الأصل» (١١/ ٥١٥) بلاغًا، وقال الزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ٨٧: غريب، وروى عبد الرزاق في «مصنفه» (١٥٤٥٠) عن عليٍّ قال: لا يجوز على شهادة الميت إلا رجلان. انتهى، وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٣٠٨٠) عن الشعبي، قال: لا تجوز شهادة الشاهد على الشاهد، حتى يكونا اثنين. انتهى. وانظر «إعلاء السنن» ١٥/ ٢٧٢، فقد عزاه لعلي رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ ابن حزم في «المحلى».

(٢) في (ب): واحدة.

وصِفةُ الإشهادِ: أن يَقولَ شاهِدُ الأصلِ لشاهِد الفرعِ: (اِشهَد أن لزيدٍ على بكرٍ كذا، فاشهَد أنت على شَهادتِي بذلك)، أو يَقولَ: (اِشهَد على شَهادتِي أني أشهَدُ أن فُلانَ ابنَ فُلانٍ أقَرَّ عندي بكذا)، أو يَقولَ: (اِشهَد أني سَمِعتُ فُلانًا يُقِرُّ لفُلانٍ بكذا، فاشهَد أنت على شَهادتِي بذلك).

ولا يَقولُ: (اِشهَدا[1] عليَّ بذلك)؛ لأنه يَحتمِلُ[2] أن يَكونَ على أصل الحقِّ المَشهودِ به، وهو أمرٌ بالكَذِب.

وكذا لا يَقولُ: (فاشهَدا بشَهادتِي)؛ لأنه يَحتمِلُ[3] أن يَكونَ مُرادُه: (فاشهَدا بمِثل شَهادتِي)، فيَكونُ أمرًا للفَرعَين بالشَّهادة على أَصل الحقِّ؛ وهذا لأن الفرعَ نائِبٌ عنه، وأداؤه عليه، فلا بُدَّ من تَحميل الأصلِ وتَوكيلِه، ولا بُدَّ أن يَشهَدَ كما يَشهَدُ عندَ القاضِي ليَنقُلَه إلى مَجلِس القَضاءِ.

ولا يَحتاجُ الأصلُ إلى أن يَقولَ: (أشهَدني فُلانٌ على نَفسه)؛ لأن من سَمِع إقرارَ رَجُلٍ حَلَّ له الشَّهادةُ وإن[4] لم يُقَل له: (اِشهَد)؛ لأنه سَمِع ما هو حُجّةٌ بنَفسه.

وأداءُ[5] الفرعِ أن يَقولَ: (أشهَدُ أن فُلانًا أشهَدني على شَهادته أنَّ فُلانًا أقَرَّ عندَه بكذا، وقال: اِشهَد على شَهادتِي به).

وأداءُ الفرعِ أن يَقولَ: (أشهَدُ أن فُلانًا أشهَدني على شَهادته أن فُلانًا أقَرَّ عندَه بكذا،

(١) في (ب): اشهد.

(٢) في (هـ): لا يحتمل.

(٣) في (هـ): لا يحتمل.

(٤) في (ب): إن.

(٥) الأداء عرفًا: إعلام الشاهد الحاكم بشهادته بما يحصل له العلم بما شهد به. «شرح حدود ابن عرفة» ص٤٥٩.

وقال: اِشهَد على شَهادتي بذلك)؛ لأنه لا بُدَّ من شَهادته وذِكرِه شَهادةَ الأصلِ وذِكرِ التَّحميلِ.

ولها لفظٌ أطوَلُ من هذا، وهو أن يَقولَ: (أشهَدُ أن فُلانًا أشهَدني على شَهادته أنه شَهِد أن فُلانَ بنَ فُلانٍ أقَرَّ عندَه، وأشهَده[1] على نَفسه أن لفُلانِ بنِ فُلانٍ عليه ألفَ دِرهَمٍ، وقال لي: اِشهَد على شَهادتي أني أشهَدُ أن فُلانَ بنَ فُلانٍ أقَرَّ عندي لفُلانٍ بكذا).

ولفظٌ أقصَرُ منه، وهو أن يَقولَ الفرع: (أشهَدُ على شَهادة فُلانٍ بكذا)، وكان يُفتي شمسُ الأئمةِ السَّرَخسيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ به، وهكذا ذَكَر محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «السِّيَرِ الكَبيرِ»، ولكن خيرُ الأُمورِ أوساطُها.

ومن قال: (أشهَدني فُلانٌ على نَفسه بكذا) لم يَسَع للسّامِع أن يَشهَدَ على شَهادته حتى يَقولَ له: (اشهَد على شَهادتي بذلك)؛ لِما مَرَّ أنه لا بُدَّ من التَّحميلِ والتَّوكيلِ.

وهذا ظاهِرٌ على أصل محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن القَضاءَ عندَه بشَهادة الفُروعِ والأُصولِ جَميعًا، حتى اشتَرَكوا في الضَّمان عندَ الرُّجوعِ، على مَعنى أن المَشهودَ عليه بالخِيارِ إن شاء ضَمَّنَ الأُصولَ وإن شاء ضَمَّن الفُروعَ، وليس مَعناه أنه يَقضِي بالنِّصف على الأُصول وبالنِّصف على الفُروع.

وإذا كان كذلك فلا بُدَّ من نَقل الشَّهادةِ إلى مَجلِس القاضِي، فلا بُدَّ من التَّحميلِ، ولم يُوجَد.

وأما عندَهما: فلأن الحُكمَ وإن كان يُضافُ إلى الفُروع، حتى يَجِبُ الضَّمانُ عليهم دونَ الأُصولِ عندَ الرُّجوعِ.. ولكن تَحمُّلُهم إنما يَصِحُّ إذا عايَنوا ما هو حُجَّةٌ والشَّهادةُ في غَيرِ مَجلِسِ القَضاءِ ليست بحُجّةٍ، فيَجِبُ النَّقلُ إلى مَجلِس القاضِي ليَصيرَ

---

(١) في (ج) و(هـ): وأشهد.

حُجَةً، ويَظهَرَ أن التَّحمُّلَ حَصَل بما هو حُجَةٌ، فلما لم يكن بُدٌّ من النَّقل لم يكن بُدٌّ من التَّحميل.

ولا شَهادةَ للفَرعِ بلا مَوت أصلِه، أو مَرَضِه، أو سَفَرِه.

ولا تُقبَلُ شَهادةُ شُهودِ الفرعِ إلا أن يَموتَ شُهودُ الأصلِ، أو يَمرَضوا مرَضًا لا يَستَطيعون حُضورَ مَجلِسِ القاضِي، أو يَغيبوا مَسيرةَ ثَلاثةِ أيَامٍ ولَيالِيها فصاعِدًا؛ لأن في الشَّهادة على الشَّهادة مَعنى البَدَليَةِ، فيَتعلَّقُ بالعَجز عن الأَصل، وقد تَحقَّق العجزُ بهذه الأشياءِ.

أما الموتُ: فظاهِرٌ، وكذا المرَضُ؛ لأن تَكليفَ الْمَريضِ باطِلٌ، وتَكليفَ القاضِي أن يُحضَرَ الْمَريضُ شَنيعٌ.

وأما الغَيبةُ: فالْمُعتبَرُ فيها السَّفَرُ؛ لأن الْمَديدَ منها مُعتبَرٌ، والقَصيرَ لا، والفاصِلُ مُدَّةُ السَّفَرِ؛ لتَرتُّب الأحكامِ عليها.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: أنه لم يَجعَل السَّفَرَ شرطًا، ولكنه قال: إن كان غائبًا عن الْمِصر في مَسافةٍ لو غَدا إلى القاضِي لأداء الشَّهادةِ لم يَستطِع أن يَبيتَ بأَهله: صَحَّ الإشهادُ؛ لأن إحياءَ الحُقوقِ واجِبٌ ما أمكَن، وذا فيما يَقولُ؛ وهذا لأن الشّاهدَ مُحتسِبٌ، فلا يَجوزُ أن يُكلَّفَ ما فيه حرَجٌ، والظّاهرُ أنه لا يَتكلَّفُ لذلك أيضًا لإقامة الحِسبةِ، وفي البَيتوتة في غَير مَنزِلِه حرَجٌ عَظيمٌ، غايةُ الأمرِ: أن أداءَ الشَّهادةِ فرضٌ عليه، ولكن بشَرط أن لا يَلزَمَه حرَجٌ.

قالُوا: هذا أرفَقُ، والأوَّلُ أحسَنُ.

فإن عَدَّلهم[1] الفُروعُ: صحّ، وإلا عُدِّلوا[2].

(١) التعديل: التزكية. وانظر «الطلبة» ص١٧١.

فإن عَدَّل شُهودَ الأصلِ شُهودُ الفرعِ: جاز؛ لأن[1] شاهِدَ الفرعِ إذا صَلَح مُزكِّيًا فلا فرقَ بينَ تَزكيتِه وتَزكيةِ غيرِه.

وكذا إذا شَهِد شاهِدان، فعَدَّل أحَدُهما الآخرَ: صَحّ؛ لِما بَيَّنّا.

فإن قِيل: شَهادةُ نفسِه لا تَصِحُّ إلا بتَعديله، فكان مُتَّهَمًا فيه.

قُلنا: العَدْلُ لا يُتَّهَمُ بمِثله، كما لا يُتَّهَمُ في شَهادة نفسِه مع احتِمالِ أنه إنما يَشهَدُ ليَصيرَ مَقبولَ القولِ، وإن لم يكن له شَهادةٌ، على أن شَهادتَه مَقبولةٌ وإن رُدَّت شَهادةُ صاحِبِه، فلا تَتمكَّنُ التُّهمةُ.

وإن سَكَتوا عن تَعدِيلهم صَحّ، ونَظَر القاضِي في حالهم، أي يَتعرَّفُ القاضِي عَدالةَ شُهودِ الأصلِ ممن هو أهلُ التَّزكيةِ، وهذا عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تُقبَلُ؛ لأنه لا شَهادةَ إلا بالعَدالة، فإذا لم يَعرِفوها لم يَنقُلوا[2] الشَّهادةَ، فلا تُقبَلُ.

ولأبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الواجِبَ عليهم النَّقلُ لا التَّعديلُ؛ لأنه ربما يَخفى عليهم، فإذا نَقَلوا فالقاضِي يَتعرَّفُ العَدالةَ، كما لو حَضَروا بأنفُسِهم وشَهِدوا.

وإنكارُ الأصلِ الشَّهادةَ يُبطِلُ شَهادةَ فرعِه.

وإن أنكَر شُهودُ الأصلِ الشَّهادةَ: لم تُقبَل شَهادةُ شُهودِ الفرعِ.

ومَعنى الْمَسألةِ: أنهم قالوا: (ما لنا شَهادةٌ على هذه الحادِثةِ)، وماتوا، أو غابوا، ثم[3] جاء الفُروعُ يَشهَدون على شَهادتهم بهذه الحادِثةِ..

---

(١) في (ب): إلا أن.

(٢) في (ب): لم تنقل، وفي (د): لم يقبلوا، وفي (هـ): لم يقبل.

(٣) في (هـ): حتى.

أما مع حَضرتِهم: فلا يُلتفَتُ إلى شَهادة الفُروعِ وإن لم يُنكِروا؛ وهذا لأن التَّحميلَ شرطٌ، وقد فات؛ للتَّعارُض بينَ الخبَرَين.

شَهِدا على شَهادة رَجُلَين[1] على فُلانةَ بِنتِ فُلانٍ الفُلانيَّةِ بألفٍ، وقالا: (أخبَرانا أنهما يَعرِفانها)، فجاءا[2] بامرَأةٍ وقالا: (لم نَدرِ[3] هي هذه أم لا).. قِيل للمُدَّعي: (هاتِ شاهِدَين أنها فُلانةُ).

رَجُلان شَهِدا على شَهادة رَجُلَين على فُلانةَ بِنتِ فُلانٍ الفُلانيَّةِ أنها أقَرَّت لفُلانٍ بكذا، وقالا: إنهما أخبَرانا أنهما يَعرِفانها بعَينها، فجاءا بامرَأةٍ وقالا -أي الفَرعان-: (لا نَدري هي هذه أم لا): فالقاضِي يَقولُ للمُدَّعي: (قد ثَبَت لك الحقُّ على فُلانةَ بِنتِ فُلانٍ الفُلانيَّةِ بشَهادة هذين الشّاهِدَين، فهاتِ بشاهِدَين آخَرَين يَشهَدان أن هذه هي فُلانةُ بِنتُ فُلانٍ الفُلانيَّةُ حتى أُجيزَ الشَّهادةَ).

وهذا لأنهم نَقَلوا كَلامَ الأُصولِ كما تَحمَّلوا، فصَحَّ النَّقلُ، وقولُهم: (لا نَدرِي هي هذه أم لا) لا يُوجِبُ جَرحًا في الشَّهادة؛ لأنهم إن لم يَعرِفوها فقد عَرَفها الأُصولُ.

وإنما لم يُحكَم بهذه الشَّهادةِ: لأن الشَّهادةَ تَحقَّقت على الْمَعرِفة بالنِّسبة، والْمُدَّعِي يَدَّعِي الحقَّ على الحاضِرة، ويُحتمَلُ أن تَكونَ الحاضِرةُ غيرَها، فوَجَب التَّوقُّفُ حتى يَشهَدَ شاهِدان أنها فُلانةُ بعَينها، وذلك كالشُّهود إذا تَحمَّلوا الشَّهادةَ ببَيعِ الْمَحدودِ بذِكر الحُدودِ من غَير مَعرِفةِ عَينِه، وشَهِدوا على الْمُشتَري.. يُقالُ[4] للمُدَّعي:

---

(١) في (س): رجل.

(٢) في سوى (س) و(ف): فجاء.

(٣) في (س): نعرف.

(٤) في (ب) و(هـ): فقال.

(هاتِ بشاهِدَين يَشهَدان أن هذه الأرضَ الْمَحدودةَ بهذه الحُدودِ في يَد هذا الْمُدَّعَى عليه ليَصِحَّ القَضاءُ).

وكذا إذا أنكَر الْمُدَّعى عليه أن الحُدودَ الْمَذكورةَ في الشَّهادة حُدودُ ما في يَده، فلا بُدَّ من شاهِدَين آخرَين يَشهَدان أن الحُدودَ الْمَذكورةَ في الشَّهادة حُدودُ ما في يَده.

وكذا كِتابُ قاضٍ إلى قاضٍ.

وكذا كِتابُ القاضِي إلى القاضِي، أي: إذا وَرَد كِتابُ القاضِي إلى القاضِي، وفيه: (شُهِد بينَ يَدَي فُلانِ بنِ فُلانٍ أن لفُلانٍ على فُلانٍ كذا من المال)، وأنكَر ذلك الرَّجُلُ أن يَكونَ هو فُلانَ بنَ فُلانٍ، فلا يَكونُ الكِتابُ في حقِّه حُجّةً ما لم يَشهَد آخَران أنه فُلانُ بنُ فُلانٍ؛ وهذا لأن كِتابَ القاضِي لنَقل الشَّهادةِ، كالشَّهادة على الشَّهادة، إلا أن القاضِيَ بوِلايته وأمانتِه يَتفرَّدُ بالنَّقل.

ولو قالا فيهما: (التَّميميّة[1]): لم يَجُز حتى يَنسُباها إلى فَخِذها[2].

وإن قالا فيهما -أي في الشَّهادة على الشَّهادة وكِتابِ القاضِي إلى القاضِي (فُلانةُ بِنتُ فُلانٍ التَّميميّةُ): لم يَجُز حتى يَنسُباها إلى فَخِذها، وهي القَبيلةُ الخاصّةُ، وهذا لأنه لا بُدَّ من التَّعريف، وذا لا يَحصُلُ بالنِّسبة العامّةِ، والنِّسبةُ إلى بني تَميمٍ عامٌّ؛ لأنه لا يُحصى عدَدُهم، فلا يَحصُلُ التَّعريفُ، بخِلاف النِّسبةِ إلى الفَخِذ؛ لأنها خاصّةٌ.

وقِيل: (الفَرْغانيّةُ) نِسبةٌ عامّةٌ، و(الأُوزْجَنْديّةُ) خاصّةٌ، وقِيل: (السَّمَرْقَنديّةُ) و(البُخاريّةُ) عامّةٌ، وقِيل: إلى السِّكّة الصَّغيرةِ خاصّةٌ، وإلى الْمَحلّة الكَبيرةِ والْمِصرِ: عامّةٌ.

(١) نسبة لبني تميم.

(٢) الفَخِذ بالكسر، وبالسكون للتخفيف: دون القبيلة وفوق البطن، وقيل: دون البطن وفوق الفصيلة، وهو مذكر لأنه بمعنى النَّفَر. «المصباح» ٢/ ٤٦٤.

ثم التَّعريفُ عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ وإن كان يَتِمُّ بذِكر الجدِّ.. فذِكرُ الفَخِذِ يَقومُ مَقامَ الجدِّ؛ لأنه اسمُ الجدِّ الأعلى، فقام مَقامَ الجدِّ الأَدنى.

فصل
[في ذكر شهادة الزور]

أقرَّ أنه شَهِد بزُورٍ[1]: شُهِّر[2] فقط.

أقرَّ أنه شَهِد زُورًا: شُهِّر[3] فقط.

اعلَم أن شاهِدَ الزُّورِ يُعزَّرُ إجماعًا، اتَّصل القَضاءُ بشَهادته أو لم يَتَّصِل؛ لأنه ارتكَب كَبيرةً اتَّصل ضررُها بالمُسلِمين، قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أيُّها النَّاسُ! عُدِلت شَهادةُ الزُّورِ بالإشراكِ باللهِ تَعالى»، ثم تَلا قولَه تَعالى: ﴿فَٱجْتَنِبُواْ ٱلرِّجْسَ مِنَ ٱلْأَوْثَٰنِ وَٱجْتَنِبُواْ قَوْلَ ٱلزُّورِ ۝ حُنَفَآءَ لِلَّهِ[4]﴾[5] [الحج: ٣٠ - ٣١].

وسَأله عَلَيْهِ السَّلَامُ رَجُلٌ عن الكَبائِر، فقال: «الإشراكُ بالله، وعُقوقُ الوالِدَين، وقتلُ النَّفسِ[6] بغَيرِ حقٍّ، وقولُ الزُّورِ»[7].

---

(١) الزور: الكذب والباطل والتهمة. فشاهد الزور: الشاهد بالكذب. «المطلع» ص٥٠٣.

شهادة الزور: هو تعمد الكذب في الشهادة. «التعريفات الفقهية» ص١٢٥.

(٢) التشهير: أن يبعث القاضي رجلاً إلى محلته ليقال: إنا وجدنا هذا شاهد الزور، فاحذروه، وإن كان سوقيًا يبعثه إلى محته فيقال ذلك. «الدستور» ١/ ٢٠٢.

(٣) في (ج) و(هـ): بشهر.

(٤) قوله: (حنفاء لله) مثبت من (هـ).

(٥) رواه الإمام أحمد (١٨٨٩٨)، وأبو داود (٣٥٩٩)، والترمذي (٢٢٩٩)، وابن ماجه (٢٣٧٢).

(٦) في سوى (ج) و(هـ): نفس.

(٧) رواه البخاري (٢٦٥٣). وهو بروايات متعددة في الصحيحين وغيرهما.

وليس فيها حدٌّ مُقدَّرٌ، فيُعزَّرُ زجرًا له وتَنكيلًا، إلا أنهم اختَلَفوا في كَيفيّته، فقال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تَعزيرُه تَشهيرُه فقط.

وقالا: يُضرَبُ ويُحبَسُ، وهو قولُ الشافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه رُوِي عن عمرَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: أنه ضَرَب شاهِدَ الزُّورِ أربَعين سَوطًا وسَخَّم[١] وجهَه[٢].

وله: أن شُرَيحًا رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ كان يُشهِّرُ ولا يَضرِبُ، فيَبعَثُه إلى سُوقه إن كان سُوقيًّا، وإلى قَومه إن كان غيرَ سُوقيٍّ.. بعدَ العصرِ في أجمَعِ ما كانُوا، ويَقولُ: (إنّا وَجَدنا هذا شاهِدَ زُورٍ، فاحذَروه[٣] وحَذِّروه النّاسَ)[٤].

---

(١) السُّخام -وزان غراب-: سواد القِدر، وسَخَّم الرجل وجهَه: سوده بالسخام، وسخم الله وجهه: كناية عن المقت والغضب. «المصباح» ١/ ٢٦٩.

(٢) رواه عبد الرزاق (١٥٣٩٢)، وابن أبي شيبة (٢٨٦٤٣)، والبيهقي (٢٠٤٩٤)، وانظر «نصب الراية» ٤/ ٨٨.

(٣) في (هـ): فاحضروه.

(٤) قال في «نصب الراية» ٤/ ٨٨: رواه محمد بن الحسن في كتاب «الآثار»، أخبرنا أبو حنيفة عن الهيثم بن أبي الهيثم عمن حدثه عن شريح: أنه كان إذا أخذ شاهد زور فإن كان من أهل السوق قال للرسول: قل لهم: إن شريحًا يقرئكم السلام ويقول لكم: إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه، وإن كان من العرب: أرسل به إلى مسجد قومه أجمع ما كانوا، فقال للرسول مثل ما قال في المرة الأولى. انتهى.

ويقرب منه ما رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٣٠٤٤) حدثنا وكيع ثنا سفيان عن أبي حصين قال: كان شريح يبعث بشاهد الزور إلى مسجد قومه أو إلى سوقه، ويقول: إنا قد زيفنا شهادة هذا. انتهى. وفي لفظ: كان يكتب اسمه عنده، فإن كان من العرب بعث به إلى مسجد قومه، وإن كان من الموالي بعث به إلى سوقه، يعلمهم ذلك منه. انتهى.

وروى عبد الرزاق في «مصنفه» (١٥٣٩١) أخبرنا الثوري عن الجعد بن ذكوان قال: أتي شريح بشاهد زور، فنزع عمامته عن رأسه، وخفقه بالدِّرة خفقات، وبعث به إلى المسجد يعرفه الناس. انتهى.=

وشُرَيحٌ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ كان قاضِيًا في زَمَن الصَّحابةِ رِضوانُ اللهِ عليهم أجمَعين[1]، ومِثْل هذا التَّشهيرِ لا يَخفى على الصَّحابة رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ، ولم يُنكِر عليه أحدٌ منهم، فحَلَّ محَلَّ الإجماعِ، فكان هذا منه[2] احتِجاجًا بإِجماع الصَّحابةِ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ لا تَقليدًا لشُرَيحٍ؛ لأنه لا يَرى تَقليدَ التابِعين[3].

ولأن الضَّربَ إن صَلَح زاجِرًا في حقِّ مَن لم يُباشِر لم يَصلُح زاجِرًا في حقِّ من باشَر، بل يَصُدُّه عن الرُّجوع، فوَجَب التَّخفيفُ باعتِباره.

وحَديثُ عمرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ مَحمولٌ على السِّياسة؛ بدَليل التَّبليغِ إلى الأربَعين والتَّسخيمِ.

وذَكَر شمسُ الأئِمّةِ السَّرَخسيُّ رَحِمَهُ اللهُ: أنه يُشهَّرُ عندَهما أيضًا، والتَّعزيرُ والحبسُ على قَدْر ما يَراه القاضِي عندَهما.

وذَكَر في «المَبسوط»: وشاهِدُ الزُّورِ عندَنا: المُقِرُّ[4] على نَفسه؛ لأنه لا تَتمكَّنُ تُهمةُ الكَذِبِ في إقراره على نَفسه، ....

= قلت: وورد من فعل سيدنا عليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، كما عند البيهقي (٢٠٤٩٥) عن عبد الرحمن بن يه قال: سمعت علي بن حسين يقول: كان علي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ إذا أخذ شاهد زور بعث به إلى عشيرته هذا شاهد زور فاعرفوه، وعرفوه، ثم خلى سبيله. قال عبد الرحمن: قلت لعلي بن الحسين: فيه ضرب؟ قال: لا.

(١) ولي شريح رحمه الله تعالى قضاء الكوفة في زمن عمر وعثمان وعلي ومعاوية رضي الله تعالى عنهم، واستعفى في أيام الحجاج، فأعفاه سنة سبع وسبعين، وتوفي في السنة التي تليها.

(٢) أي من الإمام الأعظم رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى.

(٣) في (ج): التابعي، وفي (هـ): الشافعي.

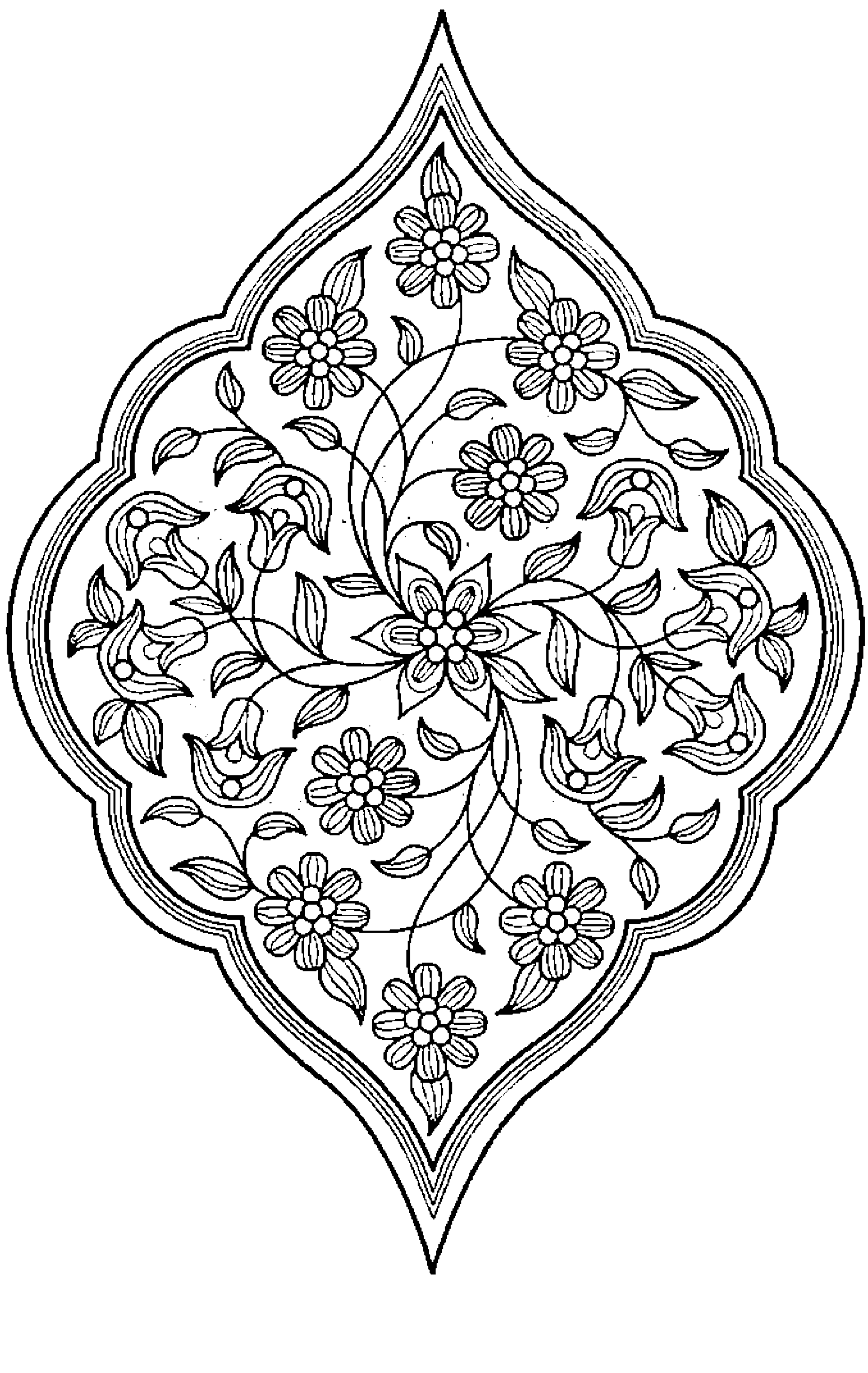
(٤) في (هـ): هو المقر. وانظر «المبسوط» ١٦/ ١٤٥.

إنما[1] لا طَريقَ إلى إِثبات ذلك بالبيِّنة[2]: لأنه نفيُ الشَّهادةِ، والبيِّنةُ حُجّةُ الإثباتِ دونَ النَّفيِ، والله أعلَمُ.

(١) كذا في (ب)، وفي باقي النسخ: أما. والذي في «المبسوط» ١٦/ ١٤٥: فلا، وفي «الهداية» ٣/ ١٣١: فأما.

(٢) في (هـ): بالسنة.

كِتَابُ الرُّجُوعِ
عَنِ الشَّهَادَاتِ



كِتَابُ الرُّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَاتِ[1]

كِتابُ الرُّجوعِ عن الشَّهادة[2]

رُكنُه: قولُ الشّاهِدِ: (شَهِدتُ بزُورٍ).

وحُكمُه: وُجوبُ التَّعزيرِ، كما بيّنّا، والضَّمانُ مع التَّعزيرِ إن رَجع بعدَ القَضاءِ وكان المَشهودُ به مالًا وقد أزاله بغَيرِ عِوَضٍ.

لا يَصِحُّ إلا عندَ قاضٍ.

وشرطُ جَوازِه: أن يَكونَ الرُّجوعُ عندَ القاضِي، فلا يَصِحُّ الرُّجوعُ عن الشَّهادة إلا عندَ القاضِي؛ لأنه فسخٌ لشَهادةٍ[3] أدّاها، وقد اختصَّت الشَّهادةُ بمَجلِس القَضاءِ، فيَختصُّ الرُّجوعُ بما تَختصُّ به الشَّهادةُ، وهو مَجلِسُ القاضِي[4]، أيَّ قاضٍ كان، كالفَسخ في باب البيعِ يُشترَطُ لصِحّته ما يُشترَطُ لصِحّة البيعِ، وهو قِيامُ المَعقودِ عليه.

ولأن الرُّجوعَ عن الشَّهادة تَوبةٌ عمّا ارتكَب من قَول الزُّورِ، والتَّوبةُ بحَسَب

---

(١) في (ج): الشهادة.

(٢) الرجوع عن الشهادة: هو انتقال الشاهد بعد أداء شهادته بأمر إلى عدم الجزم به، دون نقيضه. «شرح حدود ابن عرفة» ص٤٦٣.

(٣) في (ب): كشهادة.

(٤) في (أ): القضاء.

الجَريمةِ، كما قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «السِّرُّ بالسِّرِّ، والعَلانِيَةُ بالعَلانِيَةِ»[1]، فإذا كانت جَريمتُه في مَجلِس القَضاءِ فلْتكن تَوبتُه بالرُّجوع كذلك.

وإذا لم يَصِحَّ الرُّجوعُ في غَير مَجلِسِ القَضاءِ.. فلو ادَّعى الْمَشهودُ عليه رُجوعَهما، وأَراد يَمينَهما: لا يُحلَّفان.

وكذا لا تُقبلُ بيِّنتُه عليهما؛ لأنه ادَّعى رُجوعًا باطِلًا، حتى لو بَرْهَن أنه رَجَع عندَ قاضِي بلدِ كذا، وضَمَّنه المالَ: تُقبَلُ؛ لِصِحَّة السَّبَبِ.

فإن رَجَعا قبلَ حُكمِه: لم يَقضِ، وبعدَه: لم يَنقُض، وضَمِنا.

فإن رَجَع الشَّاهِدان عن شَهادتهما قبلَ الحُكمِ بها: لم يَقضِ القاضِي بشَهادتهما؛ لظُهور التَّناقُضِ بينَ كَلامَيهما، والقاضِي لا يَقضِي بكَلامٍ مُتناقِضٍ؛ وهذا لأنه عندَ ذلك لا يَترجَّحُ جانِبُ الصِّدقِ على جانِب الكَذِبِ، وبدُون رُجحانِ الصِّدقِ لا يَصيرُ حُجَّةً، ولم يَضمَنا؛ لأنهما لم يُتلِفا شيئًا، لا على الْمَشهود له ولا على الْمَشهود عليه.

وإن حُكِم بشَهادتهما، ثم رَجَعا: لم يَنقُض الحُكمَ؛ لأنه كما لا يَقْضِي بالكَلام الْمُتناقِضِ لا يَنقُضُ ما قَضاه بالكَلام الْمُتناقِضِ.

ولأن الكَلامَ الثّانيَ مِثلُ الأوَّلِ[2] في الدَّلالة على الصِّدق، وقد ظَهَر رُجحانُ الأَوَّلِ باتِّصال القَضاءِ به، وضَمِنا للمَشهود عليه ما أتلَفا بشَهادتهما؛ لإقرارهما على أنفُسهما بسَبَب الضَّمانِ، وهو الشَّهادةُ الباطِلةُ، والتَّناقُض لا يَمنَعُ ثُبوتَ حُكمِ إقرارِه على نَفسه؛ وهذا لأن التَّسبيبَ إذا كان تَعدِّيًا بمَنزِلة الْمُباشَرةِ في إيجاب الضَّمانِ، كحَفر البِئرِ، وقد

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (٣٤٣٢٥)، والطبراني ٢٠/ ١٥٩، وأبو نعيم في «الحلية» ١/ ٢٤١، والشاشي (١٤٠٠).

(٢) في (هـ): الكلام الأول مثل الثاني.

أقرّا بالتَّعدِّي في التَّسبيب الذي كان منهما.

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَضمَنان؛ لأنه لا اعتِبارَ بالتَّسبيب عندَ وُجودِ الْمُباشَرةِ.

قُلنا: لا يُمكِنُ إيجابُ الضَّمانِ على القاضِي، وإن حَصَل الإتلافُ بقَضائه؛ لأنه بمَنزِلة الْمُلجَإِ من جِهَتهما إلى القَضاء، فإنْ بعدَ ظُهورِ عَدالتِهما وَجب عليه القَضاءُ شرعًا، حتى لو امتَنَع منه يَأثَمُ، ويُعزَلُ ويُعزَّرُ، ولو أوجَبنا الضَّمانَ عليه يَمتنِعُ النّاسُ عن إقامته.

ولا يُمكِنُ استِيفاؤُه من الْمُدَّعي؛ لأن الحُكمَ ماضٍ، ويُسلَّطُ[1] الْمَشهودُ له على مال الْمَشهودِ عليه بالقَضاء، وسببُه شَهادةُ الشُّهودِ، فأضَفنا الحُكمَ إلى أَصل السَّبَبِ.

وإنما يَضمَنان إذا قَبَض الْمُدَّعي المالَ -دَينًا كان أو عَينًا-: لأن تَحقُّقَ الخُسرانِ عندَ تَسليمِه المالَ إلى الْمَقضيِّ له، فأما ما بَقِيت يدُه على ماله: فلا يَتحقَّقُ الخُسرانُ في حقِّه.

ولأن الضَّمانَ مُقدَّرٌ بالْمِثل، وهما أتلَفا عليه دَينًا حينَ ألزَماه ذلك بشَهادتهما، فإذا ضَمَّنهما قبلَ الأداءِ فقد استَوفى منهما عَينًا بمُقابَلة الدَّينِ، ولا مُماثَلةَ بينَ أخذِ العَينِ وإلزامِ الدَّينِ.

وفي الأعيان إن[2] ثَبَت الْمِلكُ للمَقضيِّ له بالقَضاء.. ولكن الْمَقضيُّ عليه يَزعُمُ أن ذلك باطِلٌ، وأن المالَ في يَده مِلكُه: فلا يَكونُ له أن يُضمِّنَ الشّاهِدَين شيئًا ما لم يَخرُج المالُ من يَده بقَضاء القاضِي، كذا في «الْمَبسوط».

وفي «الذَّخيرة» و«مَبسوطِ» شيخِ الإسلامِ: إن كان الْمَشهودُ به عَينًا: فللمَشهود

---

(١) في (هـ): وتسليط.

(٢) غير مثبتة في (أ).

عليه أن يُضمِّنَ الشّاهدَ بعدَ الرُّجوعِ، قَبَضَ الْمَشهودُ له العَينَ أو لم يَقبِض؛ لأن الشُّهودَ أزالوا الْمِلكَ عنه بشَهادتهما عندَ اتِّصالِ القَضاءِ بها، حتى لا يَنفُذُ تَصرُّفُ الْمَشهودِ عليه فيه، فلو أزَلنا العَينَ عن مِلكهما بأَخذ الضَّمانِ منهما لا تَنتَفي الْمُماثَلةُ، بخِلاف ما إذا كان الْمَشهودُ به دَينًا.

فإن رَجَع أحَدُهما: ضَمِن النِّصفَ.

فإن رَجَع أحَدُهما: ضَمِن النِّصفَ.

العِبرةُ لمن بَقِي، لا لمن رَجَع.

والأصلُ: أن الْمُعتبَرَ في هذا بقاءُ مَن بَقِي لا رُجوعُ من رَجَع، وقد بَقِي من يَبقى بشَهادته نِصفُ الحقِّ؛ وهذا لأن بشَهادة كلِّ واحِدٍ منهما يَقومُ نِصفُ الحُجّةِ، فبَقاء أحَدِهما على الشَّهادة تَبقى الحُجّةُ في النِّصف، فيَجِبُ على الرّاجِع ضَمانُ ما لم تَبقَ الحُجّةُ فيه، وهو النِّصفُ، ويَجوزُ أن لا يَثبُتَ الحُكمُ ابتِداءً ببَعض العِلّةِ، ثم يَبقى ببَقاء بعضِ العِلّةِ، كابتِداء الحولِ لا يَنعقِدُ على بَعض النِّصابِ، ويَبقى مُنعقِدًا ببَقاء بعضِ النِّصابِ.

شَهِد ثَلاثةٌ، ورَجَع واحِدٌ: لم يَضمَن، فإن رَجَع آخَرُ: ضَمِنا النِّصفَ.

وإن شَهِد بالمال ثَلاثةٌ، فرَجَع أحَدُهم: لم يَضمَن الرّاجعُ شيئًا؛ لأنه بَقِي مَن يَبقى بشَهادته كلُّ الحقِّ؛ وهذا لأن الرّاجعَ وإن زَعَم أنه مُتلِفٌ بشَهادته عليه فما أتلَفه مُستحَقٌّ عليه بشَهادة غيرِه، واستِحقاقُ ذلك عليه بالحُجّة يَمنَعُه من الرُّجوع عليه بالضَّمان، كمن غَصَب مالَ إنسانٍ أو أتلَفه، ثم استَحَقَّ رَجُلٌ ذلك المالَ بالبيِّنة، فلا ضَمانَ للمُتلَف عليه على الْمُتلِف إذا لم يُضمِّنه الْمُستحِقُّ شيئًا.

فإن رَجَع آخَرُ: ضَمِن الرّاجِعان نِصفَ المالِ؛ لأنه بَقِي على الشَّهادة مَن يَبقى به نِصفُ المالِ.

فإن قِيل: يَنبَغي أن يُضمَّنَ الرّاجِعُ الثّانيَ فقط؛ لأن التَّلَفَ أُضِيف إليه.

قُلنا: التَّلَفُ مُضافٌ إلى الْمَجموع، إلا أن رُجوعَ الأوَّلِ لم يَظهَر أثَرُه لمانِعٍ، وهو بَقاءُ من بَقِي، فإذا رَجَع الثّانِي ظَهَر أن التَّلَفَ بهما.

ورَجُلٌ وامرَأتان، فرَجَعت امرَأةٌ: ضَمِنت رُبُعَه، فإن رَجَعتا: ضَمِنتا نِصفَه.

وإن شَهِد رَجُلٌ وامرَأتان، فرَجَعت امرَأةٌ: ضَمِنت رُبُعَ المالِ؛ لأنه بَقِي على الشَّهادة من يَبقى به ثَلاثةُ أرباعِ المالِ، فإن رَجَعتا: ضَمِنتا نِصفَ المالِ؛ لبَقاء مَن يَبقى به نِصفُ المالِ.

ورَجُلٌ وعَشْرُ نِسوةٍ[1]، فرَجَعت ثَمانٍ: لم يَضمَنَّ، فإن رَجَعت أُخرى: ضَمِنَّ رُبُعَه، وإن رَجَعوا: عليه سُدُسُه(س م).

وإن شَهِد رَجُلٌ وعَشْرُ نِسوةٍ، فرَجَعت ثَمانٍ: فلا ضَمانَ عليهنّ؛ لبَقاء مَن يَبقى بشَهادته كلُّ المالِ، وهو رَجُلٌ وامرَأتان.

فإن رَجَعت أُخرى: ضَمِنَّ[2] رُبُعَه؛ لبَقاء من يَبقى به ثَلاثةُ أرباعِ الحقِّ؛ إذ النِّصفُ يَبقى بالرَّجُل، والرُّبُعُ بالباقِية.

وإن رَجَع الرَّجُلُ والنِّساءُ: فعليه سُدُسُ المالِ، وعليهنَّ خَمسةُ أسداسِه، عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ.

---

(١) النسوة بكسر النون أفصح من ضمها والنساء بالكسر: اسمان لجماعة إناث الأناسيّ، الواحدة امرأة من غير لفظ الجمع. «المصباح» ٢/ ٦٠٤.

(٢) في (ب) و(د): ضمنت.

وعندَهما: على الرَّجُل النِّصفُ، وعلى النِّساء النِّصفُ؛ لأن النِّساءَ وإن كَثُرْنَ في الشَّهادة لم يَقُمْنَ إلا مَقامَ رَجُلٍ واحِدٍ، ولهذا لا تُقبَلُ شَهادتُهنَّ إلا بانضِمام رَجُلٍ، فكان الثَّابتُ بشَهادته نِصفَ المالِ، وبشَهادتهنَّ نِصفَ المالِ.

وله: أن كلَّ امرأتَين في الشَّهادة تَقُومان مَقامَ رَجُلٍ واحِدٍ، كما قال صَلَّى اللهُ عَلَيهِ وَسَلَّمَ في نُقصان عقلِ النِّساءِ: «عُدِلت شَهادةُ اثنتَين منهنَّ بشَهادة رَجُلٍ»(1)، فعَشْرُ نِسوةٍ كخَمسةٍ من الرِّجال، فصار كما لو شَهِد بذلك سِتّةُ رِجالٍ، ثم رَجَعوا: فإن الضَّمانَ عليهم يَكونُ أسداسًا.

وإن رَجَعت النِّسوةُ العَشْرُ دونَ الرَّجُلِ: فعليهنَّ نِصفُ المالِ.

أما عندَهما: فظاهِرٌ؛ لأن الثّابتَ بشَهادتهنَّ نِصفُ المالِ، وكذا عندَه؛ لأنه بَقِي من يَبقى به نِصفُ المالِ، فصار كما لو شَهِد سِتّةُ رِجالٍ، ثم رَجَع خَمسةٌ.

ورَجُلان وامرَأةٌ، فرَجَعوا: لم تَضمَن.

وإن شَهِد رَجُلان وامرَأةٌ، ثم رَجَعوا: فالضَّمانُ عليهما دونَ الْمَرأةِ؛ لأن الْمَرأةَ الواحِدةَ ليست بشاهِدةٍ؛ إذ الْمَرأتان كشاهِدٍ واحِدٍ، فكانت الواحِدةُ بعضَ الشّاهِدِ، فكان القَضاءُ مُضافًا إلى شَهادة رَجُلَين دونَ الْمَرأةِ.

ورَجُلان عليها أو عليه بنِكاحٍ بمَهر مِثلِها، ورَجَعا: لم يَضمَنا، وإن زاد عليه: ضَمِناها.

فإن شَهِد شاهِدان على امرَأةٍ أو عليه بنِكاحٍ بمَهر مِثلِها، ورَجَعا: لم يَضمَنا، وإن زاد عليه: ضَمِنا الزِّيادةَ.

---

(1) تقدم تخريجه.

الأصلُ: أن الْمَشهودَ به إذا لم يكن مالًا -بأن كان قِصاصًا أو نِكاحًا-: لم يَضمَن الشُّهودُ عندَنا، خِلافًا للشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وإن كان مالًا.. فإن كان الإتلافُ بعِوَضٍ يُعادِلُه: فلا ضَمانَ على الشّاهِد؛ لأن الإتلافَ بعِوَضٍ كلا إتلافٍ، وإن كان بعِوَضٍ لا يَعدِلُه: فبقَدْرِ العِوَضِ لا ضَمانَ، ويَجِبُ الضَّمانُ فيما وراءَه.

وإن كان الإتلافُ بلا عِوَضٍ أصلًا: يَجِبُ ضَمانُ الكلِّ.

فإذا ثَبَت هذا فنَقولُ: إذا ادَّعى رَجُلٌ على امرَأةٍ نِكاحًا، وأَقام على ذلك بَيِّنَةً، والْمَرأةُ جاحِدةٌ، فقُضِي بالنِّكاح، ثم رَجَعا عن شَهادتِهما: لم يَضمَنا لها شيئًا، سَواءٌ كان الْمُسمّى مِثلَ مهرِ مِثلِها أو أكثَرَ أو أقَلَّ.

لأنهما وإن أتلَفا البُضعَ عليها بعِوَضٍ لا يَعدِلُه.. ولكن البُضعُ لا يُتقوَّمُ على الْمُتلِف، وإنما يُتقوَّمُ على الْمُتملِّك ضَرورةَ التَّملُّكِ؛ وهذا لأن ضَمانَ الإتلافِ مُقدَّرٌ بالْمِثل، ولا مُماثَلةَ بينَ البُضعِ والمالِ.

فأما عندَ دُخولِه في مِلك الزَّوجِ: فقد صار مُتقوَّمًا؛ إظهارًا لخَطَرِه، حتى يَكونُ مَصونًا عن الابتِذال، ولا يُملَكُ مجّانًا؛ فإنَّ ما يَملِكُ المرءُ مجّانًا لا يَعظُمُ قَدْرُه وخطَرُه وذلك محَلٌّ له خطَرٌ مِثلُ خطَرِ النُّفوسِ؛ لحُصول النَّسلِ به، وهذا الْمَعنى لا يُوجَدُ في طَرَف[1] الإزالةِ.

وإن ادَّعت امرَأةٌ نِكاحًا على رَجُلٍ، وأَقامت عليه بَيِّنَةً، وقُضِي بالنِّكاح، ثم رَجَع الشّاهِدان..

---

(١) في (هـ): طرق.

فإن كان مهرُ مِثلِها مِثلَ الْمُسمّى أو أكثَرَ: لم يَضمَنا شيئًا؛ لأنهما أوجَبا المهرَ عليه بعِوَضٍ يَعدِلُه أو يَزيدُ عليه، وهو البُضعُ؛ لأنه عندَ الدُّخولِ في مِلك الزَّوجِ مُتقوِّمٌ، وقد بيَّنا أن الإتلافَ بعِوَضٍ يَعدِلُه لا يُوجِبُ الضَّمانَ.

وإن كان مهرُ مِثلِها أقلَّ من الْمُسمّى: ضَمِنا الزِّيادةَ للزَّوجِ؛ لأنهما أتلَفا على الزَّوجِ قَدْرَ الزِّيادةِ بلا عِوَضٍ.

وإن ادَّعى نِكاحَها بمِائةٍ، وقالت: (تزوَّجْتني بألفٍ)، ومهرُ مِثلِها ذلك، فأقام شاهِدَين على مِائةٍ، وقُضِي بذلك، وقد دَخَل بها، ثم رَجَعا: ضَمِنا لها تِسعَمائةٍ عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: لم يَضمَنا لها شيئًا.

وهو بِناءً على ما مَرَّ في كِتاب النِّكاحِ: أن الزَّوجَين إذا اختلَفا في الْمَهر ومهرُ الْمِثلِ كما تَقولُ الْمَرأةُ.. فعندَهما: القولُ لها، فكان يُقضى لها عليه بالألف لو لا هذه الشَّهادةُ، فهما أتلَفا عليها تِسعَمائةٍ بشَهادتهما، فضَمِنا لها ذلك عندَ الرُّجوعِ، وعندَه: القولُ له في الْمَهر، فلم يُتلِفا عليها شيئًا.

وبالبَيع: ضَمِنا ما نَقَص من قِيمة الْمَبيعِ فقط.

وإن شَهِدا ببَيع شيءٍ بمِثل القِيمةِ أو أكثَرَ، ثم رَجَعا: لم يَضمَنا؛ لأنهما أَفادا مِثلَ ما أَفاتا، وإن كان بأقَلَّ من القِيمة: ضَمِنا النُّقصانَ؛ لحُصول الإزالةِ بلا عِوَضٍ في حقِّه.

ولا فرقَ بينَ أن يَكونَ البيعُ باتًّا أو فيه خِيارُ البائعِ.

فإن قِيل: فالبيعُ بشَرط الخِيارِ للبائع لا يُزيلُ مِلكَه عن الْمَبيع، وقد كان مُتمكِّنًا من دَفع الضَّرَرِ عن نَفسه بفَسخ البيعِ في الْمُدّة، فإذا لم يَفعَل فقد رَضِي بهذا البيعِ، فيَنبَغي أن لا يَضمَنا شيئًا.

قُلنا: زَوالُ المِلكِ وإن تأخَّر إلى سُقوط الخِيارِ فالسَّبَبُ هو البيعُ المَشهودُ به، ولهذا يَستحِقُّ المُشتَري المَبيعَ بزَوائِده، فكان الإتلافُ حاصِلًا بشَهادتهما، والبائِعُ كان مُنكِرًا لأَصل البيعِ، فلا يُمكِنُه أن يَتصرَّفَ بحُكم الخِيارِ مع إنكارِه؛ لأنه إذا تَصرَّف بحُكم الخِيارِ يَصيرُ مُقِرًّا بالبَيع، ويَظهَرُ كَذِبُه عندَ النّاسِ، والعاقِلُ يَتحامى عن مِثله، فلهذا لا يُعتبَرُ تَمكُّنُه من الفَسخ في دَفع الضَّمانِ عن الشّاهِدَين.

وبالطَّلاق قبلَ الوطءِ: نِصفَ المهرِ[1]، وإن رَجَعا بعدَ مَوتِه ولم تَرِث.

وإن شَهِدا على رَجُلٍ أنه طَلَّق امرَأتَه قبلَ الوطءِ، ثم رَجَعا: ضَمِنا نِصفَ المهرِ؛ لأنهما أكَّدا على الزَّوج ما كان على شَرَف السُّقوطِ، فإن المَرأةَ إذا ارتَدَّت أو قَبَّلت ابنَ زوجِها: يَسقُطُ عنه المهرُ، فكأنهما ألزَماه ذلك.

ولأن الطَّلاقَ قبلَ الدُّخولِ في مَعنى الفسخِ، فكان يَنبَغي أن يَسقُطَ كلُّ المهرِ، وإنما وَجَب نِصفُ المهرِ ابتِداءً على وَجه المُتعةِ، فكان وُجوبُه مُضافًا إلى شَهادتهما، فيَضمَنانه.

وكذا إن شَهِدا بالطَّلاق قبلَ الدُّخولِ، ثم رَجَعا بعدَ موتِه: غَرِما لوَرَثته نِصفَ المهرِ، ولم تَرِث؛ لأنّا حَكَمنا بالبَينونة في حال الحَياةِ.

ولو كانا بعدَه: ضَمِنا نِصفَ المهرِ والإرثِ، وبه بعدَ الوطءِ لا ضَمانَ.

ولو شَهِدا بعدَ موتِ الزَّوجِ أنه طَلَّقها في حَياته قبلَ الدُّخولِ بها، ثم رَجَعا: لم يَضمَنا للوَرَثة؛ لأن الشَّهادةَ وَقَعت لهم، وضَمِنا للمَرأة نِصفَ المهرِ والمِيراثَ؛ لأن المهرَ كان مُؤكَّدًا ظاهِرًا بالمَوت بحيث لا يَسقُطُ بالمُسقِط، وكذا المِيراثُ كان واجِبًا

---

(١) في (ف): العقر.

لها بمَوت الزَّوجِ، فهما بهذه الشَّهادةِ أبطَلا عليها نِصفًا مُؤكَّدًا من الْمَهر وإرثًا ثابتًا بالظَّاهِر، فيَضمَنان لها ذلك.

وإن شَهِدا بالطَّلاق بعدَ الوطءِ: لم يَضمَنا؛ لأن المهرَ تأكَّد بالدُّخول لا بشَهادتهما.

وبالعَتق: قِيمتَه.

وإن شَهِدا بأنه أعتَق عبدَه، ثم رَجَعا: ضَمِنا قِيمتَه؛ لأنهما أتلَفا عليه مالًا مُتقوَّمًا بلا عِوَضٍ، والوَلاءُ للمُعتِق؛ لأن العَتقَ لا يَتحوَّلُ إلى الشّاهِدَين بهذا الضَّمانِ؛ لأنه مما لا يَحتمِلُ الفسخَ، فلا يَتحوَّلُ الوَلاءُ ضَرورةً[1]؛ لأن الوَلاءَ لمن أعتَق.

وبالقِصاص: دِيَتَه، ولم يُقتَصّا(ف).

وإن شَهِدا بقِصاصٍ، ثم رَجَعا بعدَ القتلِ: ضَمِنا دِيَتَه، ولم يُقتَصّا.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَقتصّان، كالْمُكرَه؛ لأن كلَّ واحِدٍ قاتِلٌ تَسبُّبًا، بل هذا أَولى؛ لأن الوليَّ يُعانُ على القَتل، والْمُكرَهَ يُمنَعُ عنه من جِهة الشَّرعِ، فكان مَعنى السَّببيّةِ -وهو الإفضاءُ في الشَّهادة- أكثرَ، وقد وَجَب القِصاصُ على الْمُكرَه، فلأَن يَجِبَ هنا أَولى.

ولنا: أن القِصاصَ جَزاءُ مُباشَرةِ القتلِ، ولم يُوجَد منهما القتلُ مُباشَرةً؛ لأنها بفِعل الوليِّ.

فإن قِيل: هذا مُسلَّمٌ، ولكنّا جَعَلنا السَّببَ الْمُؤكَّدَ بالعَمْد الكامِلِ بمَنزِلة الْمُباشَرةِ، وقد وُجِد؛ إذ الشّاهدُ عَينُ الْمَشهودِ عليه، والتَّمكُّنُ من مُباشَرة القتلِ بشَهادته؛ إذ لولا شَهادتُهما لَمَا حُكِم بالقَتل، ولو لم يُحكَم بالقَتل لَمَا تُمُكِّن من قَتله.

قُلنا: الشَّهادةُ ليست بقتلٍ حَقيقةً، وإنما تَصيرُ قتلًا بواسِطةٍ ليست في يَد الشّاهِدِ،

---

(١) في (ج): فلا يتحول الولاء من المعتق لأن العتق لا يتحول ضرورة... إلخ.

وهو حُكمُ القاضِي، واختِيارُ الوليِّ قتلَ الْمَشهودِ عليه، والفِعلُ الاختِياريُّ قاطِعٌ للنِّسبة إلى الشُّهود، كما في دَلالة السّارقِ وفتحِ القفَصِ[1].

بخِلاف الْمُكرَهِ؛ لأن الْمُكرَهَ صار آلةً للمُكرِه، فأُضِيف فِعلُه إليه؛ لأن اختِيارَه فاسِدٌ، واختِيارَ الْمُكرِهِ صَحيحٌ، على أنه إن لم تُقطَع النِّسبةُ بالكُلِّيّة فلا أقَلَّ من أن يُورِثَ الشُّبهةَ، وهي مانِعةٌ للقَوَد.

بخِلاف الدِّيَةِ؛ لأن المالَ يَثبُتُ مع الشُّبُهاتِ.

وقولُه في «الهِداية»: (ولنا: أن القتلَ مُباشَرةً لم يُوجَد، وكذا تَسبيبًا؛ لأن السَّبَبَ ما يُفضِي إليه غالِبًا، و[ههنا] لا يُفضِي؛ لأن العفوَ عن القِصاص مَندوبٌ إليه، قال الله تَعالى: ﴿وَأَن تَعۡفُوٓاْ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰۚ﴾ [البَقَرَة: ٢٣٧]، بخِلاف الْمُكرَهِ؛ لأنه يُؤْثِرُ[2] حَياته ظاهِرًا): مُشكِلٌ؛ لأن الأمرَ على القَلْب، فالظّاهرُ أن الوليَّ يُقدِمُ على القَتل لكَونه مُباحًا له، وبه يُدرِكُ ثأرَه، والظّاهرُ أن الْمُكرَهَ لا يَقتُلُ؛ لأنه لا يُباحُ له قتلُه، ويُحتمَلُ أن يَرتدِعَ الْمُكرِهُ عنه أو يَلحَقَه الغوثُ.

وإن رَجَع شُهودُ الفرعِ: ضَمِنوا؛ لأن الحُكمَ أُضِيف إلى أَداء شَهادتِهم في مَجلِس القَضاءِ، فكان التَّلَفُ مُضافًا إليهم، فيَضمَنون.

لم يَضمَن الفرعُ بكَذِبِ أصليٍّ، أو غَلَطِ[3]، والأصلُ[4] بـ(لم أُشهِد على شَهادتِي)، أو (أشهَدتُ، وغَلِطتُ)(م).

---

(١) أي لا يقطع دال السارق على السرقة، ولا يضمن من فتح القفص لآبق فهرب أو لعصفور فطار، لتوسط فعل اختياري من غيره، وهو فعل السارق والآبق والعصفور.

(٢) في (هـ): لا يؤثر. وانظر «الهداية» ٣/ ١٣٤.

(٣) الغلط: المخالف للواقع من غير قصد، ما لم يعرف وجه الصواب فيه. «التعريفات الفقهية» ص١٥٨.

(٤) أي ولم يضمن الأصل.

وإن قال شُهودُ الفرعِ: (كَذَب شُهودُ الأصلِ) أو (غَلِطوا في شَهادتِهم)، أي قالُوا ذلك بعدَ القَضاءِ: لم يَضمَنوا؛ لأنهم ما رَجَعوا عن شَهادتهم، وإنما شَهِدوا على غَيرهم بالرُّجوع، ولم يُلتفَت إلى قَولهم؛ لأن القَضاءَ الْمُمضَى لا يَنتقِضُ بقَولهم، كما لا يَنتقِضُ برُجوعهم.

وإن رَجَع شُهودُ الأصلِ بعدَ القَضاءِ، وقالُوا: (لم يَشهَد شُهودُ الفرعِ على شَهادتنا): لم يَضمَنوا؛ لأنه لم يُوجَد من جِهَتهم سبَبٌ مُوجِبٌ للضَّمان؛ لإنكارهم سبَبَ الإتلافِ، وهو الإشهادُ على شَهادتهم، ولا يَبطُلُ القَضاءُ؛ للتَّعارُض بينَ الخبَرَين، فصار كرُجوع الشّاهِدِ، بخِلاف ما قبلَ القَضاءِ؛ لأنهم أنكَروا التَّحميلَ، ولا بُدَّ منه.

وإن قالُوا: (أشهَدناهم وغَلِطنا): لم يَضمَنوا عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ تَعَالَىٰ؛ لأن القَضاءَ لم يَقَع بشَهادتهم، وإنما وَقَع بشَهادة الفُروعِ؛ لأنه إنما يَقضِي بما عايَن من الحُجّة، وهي شَهادةُ الفُروعِ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: ضَمِنوا؛ لأن الفُروعَ نَقَلوا شَهادةَ الأُصولِ، فكأنهم حَضَروا وشَهِدوا، ثم حَضَروا ورَجَعوا.

ضَمِنَ الفُروعُ برُجوعهم مع الأُصولِ[م].

ولو رَجَع الأُصولُ والفُروعُ جَميعًا: يَضمَنُ الفُروعُ لا غيرُ عندَهما؛ لأن سبَبَ الإتلافِ الشَّهادةُ القائمةُ في مَجلِس القاضِي، وذا وُجِد من الفُروع، فيَجِبُ الضَّمانُ عليهم عندَ الرُّجوعِ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: الْمَشهودُ عليه بالخِيار، إن شاء ضَمَّن الفُروعَ، وإن شاء ضَمَّن الأُصولَ؛ لأن القَضاءَ وَقَع بشَهادة الفُروعِ من حيث إن القاضِيَ عايَن شَهادةَ الفُروعِ، ووَقَع بشَهادة الأُصولِ من حيث إن الفُروعَ نائبون عنهم، وقد نَقَلوا شَهادةَ

الأُصولِ بأمرهم، فيُخيَّرُ في تَضمين أيِّ الفَريقَين شاء، والجِهَتان مُتغايِرتان؛ لأن شهادةَ الأُصولِ على أَصل الحقِّ، وشَهادةَ الفُروعِ على شَهادة الأُصولِ[1]، فلا يُجمَعُ بينَهم في التَّضمين، بل يُجعَلُ كلُّ فَريقٍ كالْمُنفرِد.

وللمَشهود عليه الخِيارُ، كالغاصِب مع غاصِبِ الغاصِبِ، فإن للمَغصوب منه أن يُضمِّنَ أيَّهما شاء.

والْمُزكِّي(س م).

وإن رَجَع الْمُزكُّون عن التَّزكِية: ضَمِنوا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأن الحُكمَ يُضافُ إلى الشَّهادة، والشَّهادةُ إنما تَصيرُ حُجَّةً بالعَدالة، والعَدالةُ إنما تَثبُتُ بالتَّزكية، فصارت في مَعنى عِلَّةِ العِلَّةِ، كالرَّمي، فإنه سبَبٌ لِمُضِيِّ السَّهمِ في الهَواء، وذا سبَبُ الوُصول إلى الْمَرميّ، وذا سبَبُ الجَرحِ، وذا سبَبُ تَرادُفِ الآلامِ، وذا سبَبُ الموتِ، ثم الموتُ يُضافُ إلى الرَّمي الذي هو العِلَّةُ الأُولى، حتى يَجِبُ عليه أحكامُ القَتلِ من القِصاص والدِّيَة والكَفّارة.

وعندَهما: لا يَضمَنون؛ لأنهم أثنَوا على الشُّهود خيرًا، فصار كما لو أثنَوا على الْمَشهود عليه، بأن شَهِدوا بإحصانه.

لا شُهودُ الإحصانِ(ز).

ولو شَهِدوا بالإحصان، ثم رَجَعوا: لم يَضمَنوا عندَنا، خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

له: أن الجِنايةَ تَتغلَّظُ عندَه، فصار كحَقيقة العِلَّة.

ولنا: أن الإحصانَ في مَعنى العَلامةِ؛ لأن حُكمَ الشَّرطِ يَمنَعُ تَعقّدَ العِلّةِ إلى أن

(١) في (ج) زيادة: كما في تضمين الغاصب.

يُوجَدَ الشَّرطُ، والزِّنى إذا وُجِد لم يَتوقَّف حُكمُه على إحصانٍ يَحدُثُ بعدَه؛ فإنه إذا زَنى ثم أحصَن: لا يُرجَمُ، ولكن الإحصانُ إذا ثَبَت كان مُعرِّفًا لحُكم الزِّنى، فيَثبُتُ أنه عَلامةٌ لا شرطٌ، فلم يَتعلَّق به الوُجودُ والوُجوبُ؛ إذ الحُكمُ لا يُضافُ إلى المُظهِر، فلذا لم يَضمَنوا بحالٍ.

ضَمِن شُهودُ التَّعليقِ والإعتاقِ، لا الشَّرطِ، وإن[1] انفَرَد، والتفويضِ.

وإن شَهِد شاهِدان باليَمين، أي قالا: (إنه قال لعَبده: إن دَخَلتَ الدّارَ فأنت حُرٌّ)، أو[2] قال لامرَأته: (إن دَخَلتِ الدّارَ فأنت طالِقٌ)، وهي غيرُ مَدخولٍ بها، وشَهِد آخران بوُجود الشَّرطِ -أي الدُّخولِ-، ورَجَع الفَريقان بعدَ الحُكمِ: فالضَّمانُ على شُهود اليَمينِ دونَ الشَّرطِ، وهو قِيمةُ العبدِ أو نِصفُ المهرِ؛ لأنهم شُهودُ العِلّةِ؛ إذ التَّلَفُ إنما حَصَل بالإعتاق أو التَّطليقِ، وهم الذين أثبَتوا تلك الكَلِمةَ، وإنما كان الشَّرطُ مانِعًا، فعندَ وُجودِ الشَّرطِ أُضِيف التَّلَفُ إلى عِلّته دونَ زَوالِ المانِعِ.

ولو رَجَع شُهودُ الشَّرطِ وحدَهم يَضمَنون عندَ البعضِ؛ لأن الشَّرطَ إذا سَلِم عن مُعارَضة العِلّةِ صَلَح عِلّةً؛ لأن العِلَلَ لم تُجعَل عِلَلًا بذَواتها، فاستَقام أن تَخلُفَها الشُّروطُ.

والصَّحيحُ: أن شُهودَ الشَّرطِ لا يَضمَنون بحالٍ، نَصَّ عليه في «الزِّيادات»، وإلى هذا مالَ شمسُ الأئمّةِ السَّرَخسيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وإلى الأوَّل مالَ فخرُ الإسلامِ البَزْدَويُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

ولو شَهِدا بالتَّفويض، وآخَران بأنها طَلَّقَت[3] أو أَعتَق[4]: فالتَّفويضُ كالشَّرط.

---

(١) في (ف): فإن.

(٢) في (ب): و.

(٣) أي طلقت المفوضة نفسها.

(٤) في (ب): أعتقت.

فصل
[في المتفرقات]

الأصلُ: أن ضَمانَ الطَّرَفِ يدخُلُ في ضَمان النَّفسِ؛ للتَّبعيّة، ولا يَدخُلُ في ضَمان طرَفٍ آخرَ؛ لعَدَمها.

شَهِد ثَلاثةٌ بالقَوَد، وقُضِي، وقَطَع الوَلِيُّ يدَه، فرَجَع واحِدٌ، فقتَله، فرَجَع آخرُ: غَرِم الأوّلُ رُبُعَ دِيَةِ اليدِ، والثّانِي نِصفَ الدِّيَةِ، وتَدخُلُ دِيَةُ اليدِ فيه.

شَهِد ثَلاثةٌ بالقَوَد، وقُضِي بالقَوَد، فقَطَع الوليُّ يدَه: فلا شيءَ عليه؛ لأنه لو أتلَف كلَّه لا يَجِبُ عليه شيءٌ، فكذا إذا أتلَف جُزءَه؛ اعتِبارًا للجُزء بالكلّ.

فإن رَجَع واحِدٌ: أُمضِي القَوَدُ؛ لبَقاء من يَبقى به الحقُّ، وهو اثنان.

فإن قَتَله، فرَجَع آخرُ: غَرِم الرّاجعُ الأوّلُ رُبُعَ دِيَةِ اليدِ؛ لأنها قُطِعت بشَهادة الكلِّ، وقد بَقِي من يَقومُ بنِصف الحقِّ، فكان التّالفُ بشَهادة الرّاجِعَين نِصفَ اليدِ، فغَرِما ذلك، ويَكونُ على كلِّ واحِدٍ منهما الرُّبُعُ.

غيرَ أن الرُّبُعَ الذي وَجَب على الرّاجع الثّانِي يدخُلُ في ضَمان النَّفسِ؛ لأن النَّفسَ تَلِفت بشَهادتهما لا بشَهادة الأوّلِ؛ إذ القتلُ حَصَل بعدَه، فاقتَصَرت شَهادتُه على فَوات اليدِ، وبَقِي الإتلافُ مُضافًا إلى شَهادة الباقِيَين، وغَرِم الثّانِي نِصفَ دِيَةِ النَّفسِ، وتَدخُلُ دِيَةُ اليدِ فيه؛ لِما بَيَّنّا.

فإن رَجَع الثّالثُ: غَرِم نِصفَ الدِّيَةِ، والأوّلُ ثُلُثَ دِيَةِ اليدِ، كثَلاثةٍ قَطَعوا يدَه،

واثنانِ قَتَلاه قبلَ بُرئه.

فإن رَجَع الثّالثُ: غَرِم نِصفَ دِيَةِ النَّفسِ، وغَرِم الأوّلُ ثُلُثَ دِيَةِ اليدِ؛ لأنها استُوفِيَت بشَهادتهم، ولم يَبقَ من يَقومُ شيءٌ من الحقِّ ببقائه، وصار كثَلاثةٍ اجتَمَعوا على قَطع يدٍ خطأً، ثم قتَله اثنان قبلَ بُرئه.

ولو قَطَع يدَه، فرَجَع واحِدٌ، فقَطَع رِجلَه، فرَجَع آخَرُ: لم يُقتَل، وغَرِم الأوّلُ رُبُعَ دِيَةِ اليدِ، والثّاني مِثلَه ونِصفَ دِيَةِ الرِّجلِ.

ولو قَطَع الوليُّ يدَه، فرَجَع واحِدٌ، فقَطَع رِجلَه، فرَجَع آخَرُ: لم يكن للوليِّ أن يَقتُلَه؛ لأنه عُقوبةٌ، فكان الإمضاءُ من القَضاء فيه، كما في الحُدود، وغَرِم الأوّلُ رُبُعَ دِيَةِ اليدِ، والثّاني رُبُعَ دِيَةِ اليدِ ونِصفَ دِيَةِ الرِّجلِ؛ لِما مَرّ.

فإن رَجَع آخَرُ: شَرِكوا في اليَد والرِّجلِ على الباقِيين، وإن مات منهما[1]: ضَمِنا نِصفَ دِيَتِه، فإن رَجَع آخَرُ: شَرِكوا.

فإن رَجَع آخَرُ شَرِكوا[2] في دِيَة اليدِ، أي دِيَةُ اليدِ عليهم تكونُ أثلاثًا، ودِيَةُ الرِّجلِ على الباقِيين نِصفان.

وإن مات من القَطعَين، ولم يَرجع الثّالثُ بعدُ[3]: ضَمِنا نِصفَ دِيَتِه؛ لبقاء نِصفِها ببَقاء الباقِي، فإن رَجَع الآخَرُ شَرِكوا، وعلى كلِّ واحِدٍ الثُّلُثُ.

ومن وَجَب عليه دِيَةُ الطَّرَفِ يَضمَنُ في سَنتَين، ومن وَجَب عليه دِيَةُ النَّفسِ يَضمَنُ في ثَلاث سِنين.

---

(١) في (ف): فإن مات فيهما.

(٢) في (ب): شركه.

(٣) في (ج): بعده.

فإن قَطَع يدَه، فرَجَع واحِدٌ، فقتَله، فرَجَع آخَرُ، ووُجِد الثّالثُ عبدًا: فدِيَةُ اليدِ على الرّاجِعَين، والنَّفسِ على عاقِلة الوَليِّ.

فإن قَطَع الوليُّ يدَه، فرَجَع واحِدٌ، فقتَله، فرَجَع آخَرُ، ثم وُجِد الثّالثُ عبدًا: فدِيَةُ اليدِ على الرّاجِعَين نِصفَين، ودِيَةُ النَّفسِ على عاقِلة الوليِّ؛ لأنه لَمّا ظَهَر أن الثّالثَ عبدٌ تبَيَّن أن اليدَ تَلِفت بشَهادة الرّاجِعَين، والنَّفسَ بشَهادة الثّانِي والعبدِ، والعبدُ ليس من أَهل الشَّهادةِ، فتَبيَّن أنه لا يَجوزُ للقاضِي إمضاءُ القَضاءِ على القَتل، فكان مُخطِئًا في الإمضاء، والقاضِي لا يَضمَنُ بالخَطَأ؛ لأنه عامِلٌ لغَيره، فتَجِبُ على العاقِلة؛ لأن الوليَّ استَوفاه على زَعم الإباحةِ بِناءً على قَضاء القاضِي، فصار كالرَّمي إلى الصَّيد.

ولا شيءَ على الرّاجِع الثّاني من دِيَة النَّفسِ؛ لأن الاستِيفاءَ لم يَحصُل بشَهادته؛ لأن شَهادةَ الواحِدِ لا تأثيرَ لها في القَضاء.

ولو قَطَع يدَه، فرَجَع واحِدٌ، ثم رِجلَه، فرَجَع آخَرُ، ووُجِد الثّالثُ عبدًا: فاليدِ[1] على الرّاجِعَين، والرِّجْلِ على عاقِلته، فإن مات: فالنِّصفُ عليهما، والنِّصفُ على عاقِلته.

ولو قَطَع يدَه، فرَجَع واحِدٌ، ثم قَطَع رِجلَه، فرَجَع آخَرُ، ثم وُجِد الثّالثُ عبدًا: فدِيَةُ اليدِ على الرّاجِعَين، ودِيَةُ الرِّجلِ على عاقِلة الوليِّ؛ لِما مَرّ.

فإن مات منهما: فنِصفُ دِيَةِ النَّفسِ عليهما، والنِّصفُ على عاقِلة الوليِّ.

ولو قَطَع يدَه، ورَجَع[2] واحِدٌ، فقتَله، فوُجِد أحدُ الباقِيَين عبدًا: ضَمِن الأوَّلُ نِصفَ دِيَةِ اليدِ، والعاقِلةُ الدِّيَةَ.

---

(١) أي فدية اليد. وفي (م): فالدية.

(٢) في (ف): ورجله.

ولو قَطَع يدَه، فرَجَع واحِدٌ، ثم قتَله، فوُجِد أحدُ الباقِيَين عبدًا: ضَمِن الأوَّلُ نِصفَ دِيَةِ اليدِ[1]؛ لبقاء النِّصفِ ببقاء الباقِي، وتَضمَنُ العاقِلةُ دِيَةَ النَّفسِ؛ لأنها استُوفِيَت بخَطأ[2] القاضِي.

ادَّعى ألفًا، فشَهِد واحِدٌ على شَهادة شاهِدَين على شَهادة ثَلاثةٍ على إقرار المُدَّعى عليه بألفٍ، وآخَرُ على شَهادة أحَدِهما على شَهادة الثلاثةِ، وآخَرُ على شَهادة أحَدِ الثَّلاثةِ: لم يُقضَ.

ولو ادَّعى رَجُلٌ ألفًا، فشَهِد واحِدٌ على شَهادة شاهِدَين على شَهادة ثَلاثةٍ على إقرار المُدَّعى عليه بألفٍ، وشَهِد آخَرُ على شَهادة أحدِ الشّاهِدَين على شَهادة الثَّلاثةِ، وشَهِد آخَرُ على شَهادة أحدِ الثَّلاثةِ: لم يُقضَ بشيءٍ؛ لأن بشَهادة الأوَّلِ والثّاني تَثبُتُ شَهادةُ أحدِ الأوسَطَين.

لكن بشَهادته لا تَثبُتُ شَهادةُ واحِدٍ من الأُصول؛ لعَدَم العدَدِ، فإذا شَهِد الثّالثُ على شَهادة أحَدِهم فقد اجتَمَع الأوسَطُ والثّالثُ على شَهادة أحَدِهم، فتَثبُتُ شَهادةُ واحِدٍ منهم لا غيرُ، فلا يُقضى حتى يَشهَدَ آخَرُ على الحقّ، أو يَشهَدَ واحِدٌ من الثَّلاثة سِوى الذي ثَبَتت شَهادتُه بشَهادتهم.

شَهِدوا على مُورِّثهم المُحصَنِ بالزِّنى: رُجِم، ولا يَتعمَّدون مَقتَلًا في ذِي رَحِمٍ مَحرَم.

شَهِدوا على مُورِّثهم -أي أبيهم، أو أخِيهم، أو عمِّهم، أو ابنِ عمِّهم- المُحصَنِ بالزِّنى: رُجِم؛ لأنه لا تُهمةَ فيه، ولا تُعتبَرُ تُهمةُ استِعجالِ الإرثِ؛ لأنه ثَبَت ضِمنًا، والمُعتبَرُ تُهمةٌ مُحقَّقةٌ[3] لا مَوهومةٌ؛ ألا تَرى أن شَهادةَ الأخِ تُقبَلُ لأخِيه وإن تُوُهِّم إرثُه.

---

(١) في (ج) و(هـ): البدل، وفي (د): العبد.

(٢) في (هـ): بخط.

(٣) في (ب) و(ج): متحققة.

ولا يتعمَّدون مَقتَلًا في ذِي رَحِمٍ مَحرَمٍ؛ لأنه وَجَب عليهم إحياؤُه بالنَّفقة.

فإن رُجِم، فرَجَع واحِدٌ: غَرِم رُبُعَ دِيَتِه، ووَرِث.

فإن رُجِم ولم يُصِيبوا مَقتَلَه، فرَجَع واحِدٌ: غَرِم رُبُعَ دِيَتِه؛ لأن التَّلَفَ حَصَل بشَهادتهم، وقد بَقِي مَن يَقومُ بثَلاثة الأرباعِ، ووَرِث الرَّاجعُ؛ لأنه قتلٌ بطَريق التَّسبيبِ، ومُباشَرةُ القتلِ بغَير حقٍّ تُوجِبُ الحِرمانَ، لا التَّسبيبُ؛ لأنه جَزاءُ القتلِ الْمُطلَقِ، وذا بالْمُباشَرة؛ لاتِّصال الآلةِ بالمحَلّ.

فإن أصابُوا مَقتَلًا، فرَجَع واحِدٌ، وكَذَّبوه في الرُّجوع: لم يَغرَم، ووَرِث.

فإن أصَابوا مَقتَلًا، فرَجَع واحِدٌ، وكَذَّبوه في الرجُوع: لم يَغرَم شيئًا؛ لأنه أقَرَّ بالدِّيَة، وهم رَدُّوا، فارتَدَّ إقرارُه بردِّهم، ووَرِث؛ لأنهم أقَرُّوا له بالشَّرِكة في الإرث، والحقُّ لهم في الظَّاهِر.

وإن قالُوا: (ما رَأيتَ زِناه، ورَأيناه): غَرِم رُبُعَ الدِّيَة، ولا يَرِثُ.

وإن قالُوا: (شَهِدتَ[1] بباطِلٍ؛ لأنك ما رَأيتَ زِناه، ورَأيناه): غَرِم رُبُعَ الدِّيَةِ لهم؛ لأنه أقَرَّ لهم بذلك، وهم صَدَّقوه، فلَزِمه حُكمُ إقرارِه، ولا يَرِثُ؛ لأنه زَعَم أنه قتلٌ بغَيرِ حقٍّ، وصُدِّق فيه.

وإن كَذَّبوه في الشَّهادة، وصَدَّقوه في الرُّجوع: غَرِموا دِيَتَه، وحُدُّوا، وحُرِموا.

وإن كَذَّبوه في الشَّهادة، وصَدَّقوه في الرُّجوع: غَرِموا دِيَتَه؛ لأنه رُجوعٌ منهم وحُدُّوا؛ لقَذفه، وحُرِموا عن الإرث، وصُرِف إلى أقرَب النَّاسِ إليه.

شَهِدوا على أخِيهم أنه زَنى بامرَأة أبِيه، وأُمُّهم حيَّةٌ أو مَيِّتةٌ. وقالُوا: (طَاوَعَت)،

(1) في (هـ): ما شهدت.

والأبُ يَدَّعي: لا تُقبَلُ، وإن جَحَد[1]، وقالُوا: (أُكرِهت): تُقبَلُ.

شَهِدوا على أخِيهم أنه زَنى بامرَأة أبِيه، وهي غيرُ مَدخولٍ بها، وأُمُّهم حيَّةٌ أو مَيْتةٌ، وقالُوا: (طاوَعَت)، والأبُ يَدَّعي: لا تُقبَل؛ لأن هذه شَهادةٌ للأَب بسُقوط كلِّ المهرِ.

وإن جَحَد تُقبَلُ؛ لأنه شَهادةٌ عليه[2] بزَوال الْمِلكِ، وما فيه من النَّفع مَشوبٌ بالضَّرَر، فتَرجَّحت الْمَضَرَّةُ بالجُحود.

وكذا إن شَهِدوا أنها مُكرَهةٌ: تُقبَلُ، ادَّعى الأبُ أو جَحَد، أما إذا جَحَد: فلما مَرّ، وأما إذا ادَّعى: فلانتِفاء النَّفعِ؛ لأن نِصفَ المهرِ ونَفَقةَ العِدّةِ واجِبان حالةَ الإكراهِ.

رُجِم بعضَ الرَّجمِ، فوُجِد شُهودُ الإحصانِ عَبيدًا: دُرِئ[س م]، كثُبوت إحصانِه في بَعض الجلدِ.

رُجِم بعضَ الرَّجمِ، فوُجِد شُهودُ الإحصانِ عَبيدًا قبلَ أن يُقتَلُ: دُرِئ الحدُّ، وفي القِياس -وهو قولُ أبي يوسف ومحمدٍ رَحِمَهُمَااللَّهُ-: يُجلَدُ مِائةَ جَلدةٍ؛ لأن ما مَضى ليس بحدٍّ.

وجهُ الاستِحسانِ: أن الإقامةَ كانت بطَريق الحدِّ، فيَجتمِعُ الجَلدُ وبعضُ الرَّجمِ[3] بزِنًى واحِدٍ، وحَقيقةُ الجمعِ مَنسوخةٌ[4]، فصارت شُبهتُه[5] مَمنوعةً.

كثُبوت إحصانِه في بَعض الجَلدِ، أي لو قامت البَيِّنةُ على الزِّنى، فأُمِر بالجَلد، فجُلِد

---

(١) في (س): جحدا.

(٢) في (د): عليهم.

(٣) في (هـ): الحد.

(٤) في (هـ): منسوخة ممنوعة.

(٥) في (د) و(هـ): شبهة.

بعضَه، ثم قامت البيِّنةُ على الإحصان: لم يُرجَم؛ لِما مَرّ، وفي القِياس: يُرجَمُ.

شَهِدا بالبَيع والنِّكاحِ، وقبضِ الثَّمَنِ والمهرِ، ورَجَعا: ضَمِنا القِيمةَ ومهرَ الْمِثلِ. وبالعَقد، وقُضِي، ثم بالقَبض، فرَجَعا: ضَمِنا الثَّمَنَ والْمُسمّى.

شَهِدا بالبَيع والنِّكاحِ وقبضِ الثَّمَنِ والمهرِ، فرَجَعا: ضَمِنا القِيمةَ ومهرَ الْمِثلِ.

وبالعَقد[1]، وقُضِي، ثم بالقَبض، فرَجَعا: ضَمِنا الثَّمَنَ والْمُسمّى، أي إذا كان لرَجُلٍ أمةٌ قِيمتُها مِائةٌ، فشَهِد شاهِدان عليه أنه باعها من فُلانٍ بخَمسمِائةٍ وقَبض الثَّمَنَ، والبائِعُ يَجحَدُ، والْمُشتَري يَدَّعي، فقُضِي به، ثم رَجَعا: ضَمِنا قِيمتَها مِائةً للبائِع؛ لأن البيِّنةَ إذا قامت على البيَع بثمَنٍ مَقبوضٍ فالقاضِي لا يَقضِي بالثَّمَن؛ لأنه مَقبوضٌ لا طالِبَ له، ولهذا لا تَمنَعُ جَهالةُ جِنسِه وقَدْرِه صِحّةَ الحُكمِ.

وإنما يَضمَنُ الشُّهودُ ما دَخَل تحتَ القَضاءِ بشَهادتِهم، وإنما دَخَل تحتَ القَضاءِ زَوالُ رَقَبةِ الأمةِ عن مِلكِه، فلذلك ضَمِنا قِيمتَها.

وكذا لو ادَّعى على امرَأةٍ نِكاحًا بألفٍ، ومهرُ مِثلِها خَمسُمائةٍ، فشَهِدا بالنِّكاح وقبضِ المهرِ، فقُضِي، ثم رَجَعا: ضَمِنا لها مهرَ الْمِثلِ دونَ الْمُسمّى؛ لأن البُضعَ مُتقوَّمٌ عندَ الدُّخولِ[2].

ولو شَهِدا بالبَيع أوَّلًا، فقُضِي به وبالثَّمَن، ثم شَهِدا بقَبض الثَّمَنِ، وقُضِي به، ثم رَجَعا عن الشَّهادتَين: ضَمِنا الثَّمَنَ خَمسَمائةٍ؛ لأنهما بالشَّهادة الأُولى أزالا الْمِلكَ إلى بدَلٍ هو خيرٌ، فلم يكن إتلافًا، فبَقِيت الشَّهادةُ بالقَبض بعدَ ذلك إتلافًا للثَّمَن، فإذا رَجَعا ضَمِنا الثَّمَنَ؛ لأنهما أتلَفاه.

---

(١) أي لو شهدا بالبيع..

(٢) في (هـ): الرجوع.

ولو شَهِدا بالنِّكاح بألفٍ، ولم يَشهَدا بقَبض الألفِ حتى قُضِي بالنِّكاح، ثم شَهِدا بقَبض الألفِ، وقُضِي به، ثم رَجَعا عن الشَّهادتَين: ضَمِنا الْمُسمّى لها، وهو ألفٌ؛ لأن في الفَصل الأوَّلِ أتلَفا عليها مَنافِعَ البُضعِ لا الْمُسمّى، فضَمِنا قِيمةَ مَنافِعِ البُضعِ دونَ الْمُسمّى، وفي الفَصل الثّاني أتلَفا عليها الْمُسمّى، فضَمِنا الْمُسمّى، كما في البَيع.

وبالبَيع وتَأجيلِ الثَّمَنِ، فرَجَعا: خُيِّر بينَ الثَّمَنِ بوَصفه، والقِيمةِ حالّةً.

ولو شَهِدا على رَجُلٍ أنه باع هذا العبدَ من فُلانٍ بخَمسمِائةٍ إلى سَنةٍ، وقِيمتُه مِائةٌ، والبائِعُ يَجحَدُ، ثم رَجَعا بعدَ القَضاءِ: فللبائِع الخِيارُ، إن شاء اختار الثَّمَنَ خَمسَمائةٍ إلى سنةٍ على الْمُشتَري، وإن شاء ضَمَّن الشّاهِدَين قِيمةَ العبدِ حالّةً؛ لأنهما وإن أزالا مِلكَه بعِوَضٍ فذلك العِوَضُ قبلَ حُلولِ الأجَلِ كالْمَعدوم؛ لأنه لا تَصِلُ يدُه إليه.

وبالبَيع، وقُضِي، ثم بتأجيل الثَّمَنِ، فرَجَعا: ضَمِنا الثَّمَنَ.

ولو شَهِدا بالبَيع، وقُضِي به، ثم شَهِدا أنه أخَّره[1]، وقُضِي به، ثم رَجَعا عن الشَّهادتَين: ضَمِنا خَمسَمائةٍ؛ لأن الشَّهادةَ الأُولى ليست بإتلافٍ، فتَعلَّق حقُّه بالبَدَل[2]، وقد أتلَفا البدَلَ عليه، فضَمِناه.

أثبَت بَراءتَه أمسِ، فشَهِدا له أنه اشتَرى منه عبدًا بألفٍ قِيمتُه مِائةٌ قبْلَه، فرَجَعا: ضَمِنا قِيمتَه.

أثبَت بَراءتَه أمسِ، فشَهِدا له أنه اشتَرى منه عبدًا بألفٍ قِيمتُه مِائةٌ قبلَه، فرَجَعا: ضَمِنا قِيمتَه.

---

(١) في (هـ): أجره.

(٢) في (ب): بالبذل.

صُورتُه: رَجُلان بينَهما أخذٌ وإعطاءٌ، فادَّعى أحَدُهما على صاحِبه مالًا، فأقام المُدَّعى عليه البيِّنَةَ أنه حاسَبه أمسِ، وأبرَأه عن كلِّ قَليلٍ وكَثيرٍ يَدَّعيه قبْلَه، وقُضِي به، ثم شَهِدا لِمُدَّعي البَراءةِ أنه اشتَرى من المُدَّعي عليه البَراءةَ العبدَ[1] الذي في يَده أوَّلَ من أمسِ.. بألفٍ، وقِيمتُه مِائةٌ، وجَحَد البائعُ، والمُشتَري يَدَّعي، وقُضِي به، ثم رَجَعا عن الشَّهادة بالبَيع: ضَمِنا القِيمةَ دونَ الثَّمَنِ؛ لأنه قُضِي بالبَيع، والثَّمَنُ غيرُ مَقضيٍّ به؛ لأنه قارَن القَضاءَ به ما يَمنَعُ القَضاءَ به، وهو البَراءةُ، فصار كما لو شَهِدا بالبَيع وقبضِ الثَّمَنِ.

ادَّعى نِكاحَها، فقالَت: (كان بلا شُهودٍ)، أو (كُنتُ مُعتدَّةً)، أو (مَجوسيَّةً)، أو (أُختَك)، وأنكَر: فالقولُ له، وعليها البيِّنةُ، ويَسَعُها المُقامُ معه لو كانَت محَلًّا لإنشائه وقتَ القَضاءِ.

ادَّعى نِكاحَها، فقالت: (تزَوَّجتَني بلا شُهودٍ)، أو (كُنتُ مُعتدَّةَ الغيرِ) أو (مَجوسيَّةً)، أو (أنا أُختُك من الرَّضاع): فالقولُ له، وعليها البيِّنةُ؛ لأنهما تَصادَقا على أصل العقدِ، والتَّصادُقُ على أَصل العقدِ اتِّفاقٌ على ما هو من شَرائِطه؛ لأن الشُّروطَ أتباعٌ تَثبُتُ بثُبوت الأصلِ، ويَسَعُها المُقامُ معه إذا قُضِي به لو كانت محَلًّا لإنشائه وقتَ القَضاءِ؛ لأن للقَضاء حُكمَ الإنشاءِ.

طَلَّقها ثَلاثًا، وجَحَد، وحَلَف: لم يَسَعها المُقامُ.

طَلَّقها ثَلاثًا، وجَحَد، وحَلَف: لم يَسَعها المُقامُ معه إن كانت صادِقةً؛ لأن القاضِيَ لم يَقضِ بشيءٍ، ولكنِ المَرأةُ ادَّعت الفُرقةَ، ولم تَثبُت، فيَبقى ما كان على ما كان.

وفي كلِّ مَوضِعٍ لا يَسَعُها المُقامُ لا تَرِثَ حتى تُصدِّقَه قبلَ مَوتِه.

---

(١) في (ب) و(د): والعبد.

وفي كلِّ مَوضِعٍ لا يَسَعُها الْمُقامُ معه لا تَرِثُ حتى تُصدِّقَه قبلَ موتِه؛ لإمكان الإنشاءِ.

وَلَدَت أمَتاه، فشَهِد لكلِّ ابنٍ فَريقٌ أنه ادَّعاه، وقُضِي بنَسَبِهما، فرَجَعوا[1]: ضَمِنا قِيمتَهما ونُقصانَ أُمِّهما[2].

وَلَدت أمَتاه، فشَهِد لكلِّ ابنٍ فَريقٌ أنه ادَّعاه، وقُضِي بنَسَبِهما، فرَجَعا في حَياته: ضَمِنا قِيمتَهما ونُقصانَ أُمَّيهما؛ لإتلافهما ذلك بشَهادتهما.

فإن مات: رَجَعا عليهما، وضَمِنا لكلٍّ نِصفِ قِيمةَ أُمِّ صاحِبِه.

فإن أخَذ الْمَولى ذلك ومات، ولا وارِثَ له غيرُهما: رَجَع كلُّ فَريقٍ على من شَهِد له بما ضَمِن للأَب في حِصّته من التَّرِكة؛ لأنه زَعَم أن الأبَ أخَذ بغَير حقٍّ، فيَكونُ دَينًا عليه، فيُقدَّمُ على الإرث، وضَمِن كلُّ فَريقٍ نِصفَ قِيمةِ أُمِّ صاحِبِه للوَلَد الذي لم يَشهَد؛ لأن الموتَ شرطُ العِتقِ، فإذا وُجِد حَصَل بالشَّهادة السّابقةِ، غيرَ أن ما يُصيبُ الْمَشهودَ له سَقَط؛ لأنه يُبرِئُ شُهودَه عن نَصيبِه[3]؛ لأن كلَّ ابنٍ زاعِمٌ أن شاهِدَيَّ صادِقان.

وإن رَجَعا بعدَ مَوتِه: ضَمِن كلٌّ نِصفَ قِيمةِ من شَهِد له، ونِصفَ أُمِّه.

وإن رَجَعا بعدَ موتِه: ضَمِن كلُّ فَريقٍ نِصفَ قِيمةِ من شَهِد له ونِصفَ أُمِّه للوَلَد الآخَرِ؛ لأن كلَّ ابنٍ أبرَأ شُهودَه عن نَصيبِه.

وإن شَهِدا بعدَ مَوتِه، وله أخٌ، فرَجَعا: ضَمِنا لكلٍّ قِيمةَ الآخَرِ وأُمِّه، وما وَرِثه، ولا ضَمانَ للأخ.

---

(١) في (ع) و(ف): فرجعا.

(٢) في (ع) و(ف): أمتهما، وفي (س): أميهما.

(٣) في (هـ): نصفه.

وإن شَهِدا بعدَ موتِه وللمَيْت أخٌ، فرَجَعا بعدَ القَضاءِ: ضَمِن كلُّ فَريقٍ لابنٍ لم يَشهَد له قِيمةَ من شَهِد له وقِيمةَ[1] أُمِّه وما وَرِثه؛ لأن رُجوعَ كلِّ فَريقٍ صَحَّ في حقِّ من لم يَشهَد له، وقد أقَرَّ أنه أتلَف عليه بشَهادته، فيَضمَنُ، والإرثُ حُكمٌ مُتعلِّقٌ بالنَّسب والموتِ، والنَّسَبُ آخِرُهما، وهما أثبَتاه، فصارا مُتلِفَين ذلك بشَهادتهما، بخِلاف ما تَقدَّم؛ لأن الموتَ آخِرُهما، فأُضِيف الحُكمُ إلى الْمَوت دونَ الشَّهادةِ.

ولا ضَمانَ للأَخ على أحدٍ؛ لأن لكلِّ فَريقٍ أن يَقولَ: لولا شَهادتُنا لكُنتُ مَحجوبًا بشَهادة الآخَرِ.

وكذا لو شَهِد فَريقٌ بكلِّه، وهما صَغيران، فكَبِرا، وصَدَّق كلٌّ فيما شُهِد له فقط، أو كَبيرانِ وصَدَّقا في الكلِّ، ورَجَعا في حَياته وبعدَ مَوتِه: لم يَضمَنا.

وكذا لو شَهِد فَريقٌ بكُلِّه، وهما صَغِيران، فكَبِرا، وصَدَّق كلٌّ فيما شُهِد[2] له دونَ ما شُهِد لصاحِبه، أو كَبيران، وصَدَّقاهما في كلِّ ما شَهِدا به، ورَجَعا في حَياته، فإن رَجَعا بعدَ موتِه: لم يَضمَنا لأحدٍ شيئًا؛ لأنهما يُنكِران الضَّمانَ.

وإن شَهِدا بعدَ مَوتِه، فرَجَعا: ضَمِنا الكلَّ، والإرثُ للأَخ.

وإن شَهِدا بعدَ موتِه، ثم رَجَعا: ضَمِنا قِيمةَ الولَدَين والأمتَين وجَميعَ ما وَرِث الابنان للأخ؛ لأنه لولا شَهادتُهما لكان جَميعُ ذلك له، فإذا رَجَعا فقد أقَرّا له بذلك، ولم يُستحَقَّ عليه بشَهادة غيرِهما، وفي الأُولى استُحِقَّ بشَهادة الفَريقِ الآخَرِ.

الأصلُ: أن الشّاهدَ إنما يَضمَنُ ما أتلَف بشَهادته لمن أتلَف عليه، وإنما يَضمَنُ بالرُّجوع إذا لم يكن الْمَشهودُ به مُستحَقًّا على الْمَشهود عليه لولا شَهادتُه.

(١) في (ج) و(د): من شهد أو قيمة.

(٢) في (ج): شهدا.

بَرْهَن أنه عمُّ الميْتِ، وأخَذ، وبَرْهَن آخَرُ أنه أخُوه، وأخَذ، وآخَرُ أنه ابنُه، وأخَذ، فرَجَعوا: ضَمِن شُهودُ الابنِ للأَخ فقط، وكذا لو شَهِدوا معًا.

رَجُلٌ مات، فبَرْهَن رَجُلٌ أنه عمُّ الميْتِ أخُو أبِيه لأبِيه وأُمِّه ووارِثُه، لا وارِثَ له غيرُه، وأخَذ المالَ، ثم بَرْهَن آخَرُ أنه أخُو الميْتِ، وأخَذ من العمّ، ثم بَرْهَن آخَرُ أنه ابنُه، وأخَذ من الأَخ، فرَجَعوا: ضَمِن شُهودُ الابنِ للأَخ؛ لأنهم أتلفوا عليه بشَهادتهم، ولا يَضمَنُ شُهودُ العمِّ والأخِ؛ لأن ما أتلَفه كلُّ واحِدٍ من الفَرِيقَين مُستحَقٌّ على المَشهود عليه بشُهود الابنِ، فلا يُضافُ التَّلَفُ إلى شَهادتهم.

وكذا لو شَهِدوا معًا، فقُضِي للابن، ثم رَجَعوا: ضَمِن شُهودُ الابنِ للأَخ؛ لِما بَيَّنّا.

تَرَك ابنًا وثَلاثةَ آلافٍ، فشَهِد ثَلاثُ فِرَقٍ لثَلاثةٍ معًا، أو مُرتَّبًا.. بثُلُث مالِه وَصِيّةً، وقُضِي بينَهم، ورَجَعوا: ضَمِن كلُّ فَريقٍ للمُوصَى لهما الآخَرين ثُلُثَ الثُّلُثِ، ولا ضَمانَ للوارِث.

مات وتَرَك ابنًا وثَلاثةَ آلافٍ، فشَهِد ثَلاثُ فِرَقٍ لثَلاثةٍ معًا أو مُرتَّبًا بثُلُث مالِه وصِيّةً، بأن أَقام رَجُلٌ أن الميْتَ أَوصى له بثُلُث مالِه، وأَقام آخَرُ مِثلَه، وأَقام الثّالثُ مِثلَه، وقُضِي بالثُّلُث بينَهم أثلاثًا، ورَجَعوا: ضَمِن كلُّ فَريقٍ للمُوصى لهما الآخَرين(١) ثُلُثَ الثُّلُثِ؛ لأنه يُقالُ لكلِّ فَريقٍ: (لولا شَهادتُك لكان المالُ بينَ الباقِيين(٢) نِصفَين، فقد فَوَّتَّ ثُلُثًا، فتَضمَنُ).

ولا ضَمانَ للابن على الشُّهود؛ لأن كلَّ فَريقٍ يَقولُ: (لولا شَهادتي لكان الثُّلُثُ مُستحَقًّا بشَهادة الباقِيين)، فلا يُمكِنُه أن يُعيِّنَ واحِدًا للإتلاف.

---

(١) في (ج): للآخرين.

(٢) في (ب) و(ج): الباقين.

ولو شَهِدا بالرُّجوع والوَصِيّةِ بعدَ القَضاءِ لكلٍّ، فرَجَعوا: ضَمِن شُهودُ الثّاني للأوّل نِصفَ الثُّلُثِ، والثّالثِ للثّاني كلَّه، ولا ضَمانَ للوارِث.

ولو شَهِدا بالرُّجوع والوصِيّةِ بعدَ القَضاءِ لكلِّ واحِدٍ: سَلِم الثُّلُثُ للثّالِث، فإن رَجَعوا: ضَمِن شُهودُ الثّاني للأوَّل نِصفَ الثُّلُثِ؛ لأنه لولا شَهادتُهم لكان الثُّلُثُ بينَ الثّالثِ وبينَه نِصفَين، فقد أتلَفوا عليه نِصفَ الثُّلُثِ، فيَضمَنون ذلك، وضَمِن شُهودُ الثّالثِ للثّاني كلَّ الثُّلُثِ؛ لأنه لولا شَهادتُهم لكان كلُّ الثُّلُثِ للثّاني بشَهادة شُهودِه بالرُّجوع عن وَصِيّة الأوَّلِ، وبالوَصِيّة للثّاني، فإنما تَلِف الثُّلُثُ عليه بشَهادة شُهودِ الثّالثِ، فضَمِنوا ذلك.

ولا ضَمانَ للوارِث؛ لأنه لا يُمكِنُه أن يُعيِّنَ واحِدًا للإتلاف.

ولو كان مَكانَ كلِّ ألفٍ عبدٌ يُساوِيه، وشَهِد كلُّ فَريقٍ بعبدٍ، وقُضِي به، فرَجَعوا: لا ضَمانَ للوارِث، وضَمِن الثّاني للأوَّل نِصفَ عبدِه، والثّالثُ للثّاني كلَّه.

ولو كان مَكانَ كلِّ ألفٍ[1] عبدٌ يُساوِيه، وشَهِد كلُّ فَريقٍ بعبدٍ، وقُضِي به، ورَجَعوا: لا ضَمانَ للوارِث[2]، وضَمِن الثّاني للأوَّل نِصفَ عبدِه، والثّالثُ للثّاني كلَّه؛ لِما مَرّ.

ولو لم يُقضَ لهما حتى شَهِدا للثّالِث: قُضِي له.

ولو لم يُقضَ لهما حتى شَهِدا للثّالِث: قُضِي للثّالث؛ لأنه قارَن القَضاءَ بالوَصِيّة للثّاني والثّالثِ[3] ما يَمنَعُ القَضاءَ، وهو قِيامُ بَيِّنةٍ عادِلةٍ على الرُّجوع عن وَصِيّتهما؛ إذ المَسألةُ فيه، والقَضاءُ بالشَّيء مع ما يُنافيه لا يُتصوَّرُ.

(١) في (هـ): كل واحد ألف.

(٢) في (ب): للثالث.

(٣) في (ج): بالوصية للأول والثاني للثاني والثالث، وفي (هـ): والأول.

فإن رَجَعوا: ضَمِن فَرِيقُه للوَرَثة.

فإن رَجَعوا: ضَمِن فَرِيقُه للوَرَثة؛ لأن القَضاءَ لم يَتَّصِل بشَهادة الأوَّلِ والثَّانِي، فكان التَّلَفُ مُضافًا إليهم.

فإن طَلَب الثَّانِي تَضمينَ الثَّالثِ: أعاد البَيِّنَةَ.
كمن بَرْهَن بدَينٍ، فأثبَت إبراءَه قبلَ القَضاءِ، ورَجَع شُهودُه: يُعِيدُ البَيِّنَةَ مُدَّعي الدَّينِ.

فإن طَلَب الثَّانِي تَضمينَ الفَرِيقِ الثَّالثِ: أعاد البَيِّنَةَ.

كمن بَرْهَن بدَينٍ، فأثبَت الْمُدَّعى عليه بالبَيِّنَة إبراءَه قبلَ القَضاءِ، وقُضِي به، ثم رَجَع شُهودُ الإبراءِ: يُعيدُ البَيِّنَةَ مُدَّعي الدَّينِ.

أَوصى بثُلُثه، ودُفِع، فشَهِدا أنه رَجَع، وقُضِي به للوَرَثة، فشَهِدا أنه أَوصى به لآخَرَ، وقُضِي به، فرَجَعا عن الشَّهادتَين: ضَمِنا ثُلُثًا للوَرَثة، وثُلُثًا للأوَّل.

مات وتَرَك ثَلاثةَ آلافٍ، وأَوصى بثُلُث مالِه لرَجُلٍ، ودُفِع إليه، فشَهِد اثنان أنه رَجَع عن الوَصِيَّة، وقُضِي به للوَرَثة، ثم شَهِد هذان أنه أَوصى بالثُّلُث لآخَرَ، وقُضِي به، ثم رَجَعا عن الشَّهادتَين: ضَمِنا الثُّلُثَ مرَّتَين، مرَّةً للوَرَثة ومرَّةً للمُوصى له الأوَّلِ؛ للإتلاف عليهما.

ولو شَهِدا بالرُّجوع والوَصِيَّةِ، أو بالرُّجوع، ولم يُقضَ به حتى شَهِدا بالوَصِيَّة: ضَمِنا للأوَّل، لا للوارِث.

ولو شَهِدا بالرُّجوع والوصِيَّةِ، ثم رَجَعا بعدَ القَضاءِ، أو شَهِدا بالرُّجوع وحدَه، ولم يُقضَ به حتى شَهِدا بالثُّلُث للثَّانِي: ضَمِنا للأوَّل لا للوارِث؛ لأنه لم يَعُد إلى مِلك الوارِثِ؛ لِقيام المانِعِ، وهو الوصِيَّةُ الثَّانيةُ، فصار ذلك إتلافًا على الأوَّل دونَ الوارِثِ.

ولو رَجَعا عن الوَصِيّة الثّانية دونَ الرُّجوع: سُئِلا لِيَنكشِفَ، فإن سَكَتا، أو ثَبَتا[1]: ضَمِنا الثُّلُثَ للوارِث.

ولو شَهِدا بهما معًا، وقُضِي للأخير، ثم رَجَعا عن الوَصِيّة الثّانية دونَ الرُّجوعِ عن الأُولى: سُئِلا لِيَنكشِفَ وجهُ الحُكمِ، أي يَسألُهما القاضِي: أترجِعان عن الشّهادة بالرُّجوع أم لا؟

وإنما وَجَبَ السُّؤالُ: لأنهما لَمّا رَجَعا عن بَعض الشّهادةِ ثَبَت احتِمالُ الرُّجوعِ عن الباقي[2].

فإن سَكَتا أو ثَبَتا على الرُّجوع: ضَمِنا الثُّلُثَ للوارِث؛ لإقرارهما بالإتلاف عليه.

فإن رَجَعا بعدَه: ضَمِنا للأوَّل ثُلُثًا أيضًا.

فإن رَجَعا بعدَه عن الشّهادة بالرُّجوع عن الوَصِيّة الأُولى ضَمِنا للمُوصى له الأوّلِ ثُلُثًا آخَرَ، وسَلِم للوارِث ما أخَذ منهما؛ لأنهما أقَرّا للمُوصى له بالضَّمان، وادَّعيا وِلاية الاستِردادِ من الوارِث، فصُدِّقا فيما عليهما لا فيما لهما.

وإن رَجَعا عن الشّهادة بالرُّجوع حينَ سُئِلا: ضَمِنا الثُّلُثَ للأوَّل دونَ الوارِثِ.

وإن رَجَعا عن الشّهادة بالرُّجوع حينَ سُئِلا: ضَمِنا الثُّلُثَ للمُوصَى له الأوَّلِ دونَ الوارِثِ؛ لأن القَضاءَ إذا لم يَتّصِل برُجوعهم لم يكن له حُكمٌ، فلا يَجِبُ الضَّمانُ للوارِث.

ولو رَجَعا عن الرُّجوع، لا الوَصِيّة: ضَمِنا نِصفَ الثُّلُثِ للأوَّل.

---

(1) أي على الرجوع. وفي (ف): بينا.

(2) في (أ): الثاني.

ولو رَجَعا أَوَّلًا عن الرجُوع دونَ الوصِيّةِ: ضَمِنا نِصفَ الثُّلُثِ للأَوَّل؛ لأنه لولا شَهادتُهما بالرُّجوع لكان الثُّلُثُ بينَ الأوَّلِ والثّاني نِصفَين، فإنما أتلَفا عليه نِصفَ الثُّلُثِ.

وإن رَجَعا بعدَه عن الوَصِيّة: ضَمِنا له بقِيّتَه.

وإن رَجَعا بعدَه عن الوَصِيّة: ضَمِنا للأَوَّل بقِيّتَه، أي نِصفَ ثُلُثِ آخرَ؛ لإقرارهما بإتلاف كلِّ الثُّلُثِ عليه.

تَرَك عَبدَين قِيمةُ كلِّ ألفٌ، وثُلُثُه ألفٌ، فشَهِد كلُّ فَريقٍ بعبدٍ وَصِيّةٍ، وقُضِي لكلٍّ بنِصفه، ورَجَعا: لا ضَمانَ للوارِث، وضَمِن كلُّ فَريقٍ للمُوصَى له الآخَرِ نِصفَ قِيمةِ عبدِه.

وإن تَرَك عَبدَين قِيمةُ كلِّ واحِدٍ ألفٌ، وثُلُثُ مالِه ألفٌ، فشَهِد كلُّ فَريقٍ لرَجُلٍ بعبدٍ وصِيّةٍ، وقُضِي لكلِّ واحِدٍ بنِصف عبدِه، ورَجَعا[1]: لا ضَمانَ للوارِث عليهم؛ لأن كلَّ فَريقٍ يَقولُ: (لولا شَهادتي لفات كلُّ الثُّلُثِ بالآخَر)، فلا يَتعيَّنُ واحِدٌ للإتلاف، وضَمِن كلُّ فَريقٍ للمُوصَى له الآخَرِ نِصفَ قِيمةِ عبدِه؛ لأنه لولا شَهادتُه لسَلِم كلُّ العبدِ له.

وإن خَرَجا من ثُلُثه: ضَمِن كلٌّ للوارِث قِيمةَ من شَهِد به.

وإن خَرَجا من ثُلُثه: ضَمِن كلُّ فَريقٍ للوارِث قِيمةَ العبدِ الذي شَهِد به؛ للإتلاف بغَير عِوَضٍ من كلِّ واحِدٍ.

وإن كان ثُلُثُه ألفًا وخَمسَمائةٍ ضَمِن كلٌّ خَمسَمائةٍ للوَرَثة، ونِصفَها للمُوصَى له.

وإن كان ثُلُثُ مالِه ألفًا وخَمسَمائةٍ قُضِي لكلِّ واحِدٍ بثَلاثة أرباعِ عبدِه؛ لأن الوصِيّةَ إنما تُنفَذُ من الثُّلُث، فوَجَب قِسمةُ الثُّلُثِ بينَهما نِصفَين، فيُصيبُ كلَّ واحِدٍ سبعُمائةٍ

---

(١) في (ب): ورجعوا، وفي (ج) و(د): فرجعا.

وخَمسون، وذلك ثَلاثةُ أرباعِ عبدِه.

فإن رَجَعا: ضَمِن كلُّ فَريقٍ خمسَمِائةٍ للوَرَثة؛ لأنه أتلَف عليه ثَلاثةَ أرباعِ العبدِ، ولكنْ[1] مِائتان وخَمسون بعِوَضٍ؛ لأنه يَقولُ: (لولا شَهادتُنا لكان كلُّ العبدِ الآخَرِ مُستحَقًّا، فإنما عاد إليهم رُبُعُه بشَهادتنا)، فصار عِوَضًا، فبَقِي مِقدارُ خمسِمِائةٍ مُتلَفًا بغَير عِوَضٍ، فيَضمَنُ ذلك، وضَمِن كلُّ فَريقٍ للمُوصَى له الآخَرِ مِائتَين وخَمسين قِيمةَ رُبُعِ العبدِ؛ لأنهما بقَدْر ما عاد إلى الوارِث أتلَفاه على الآخَر.

ولو ثُلُثُه ألفَين، وقِيمةُ أحَدِهما أَلفان، والآخَرِ ألفٌ: ضَمِن فَريقُ الألفَين ألفًا للوَرَثة، وثُلُثَه للمُوصَى له، وفَريقُ الآخَرِ ثُلُثَيه[2] للمُوصَى له، ولا شيءَ للوَرَثة.

ولو كان ثُلُثُه ألفَين، وقِيمةُ أحَدِهما أَلفان، وقِيمةُ الآخَرِ ألفٌ: قُضِي لكلِّ واحِدٍ بثُلُثَي عبدِه.

فإن رَجَعوا: ضَمِن فَريقُ الألفَين ألفًا للوَرَثة؛ لأن الثُّلُثَ -وهو ألفان- فات[3] بشَهادة الفَريقَين أثلاثًا، ففَريقُ الألفَين فَوَّت على الوارِث ألفًا وثُلُثَ ألفٍ، إلا أنه أخلَف ثُلُثَ الألفِ من العَبد الآخَرِ؛ إذ لولا شَهادتُه لاستَحقَّ الآخَرُ كلَّ عبدِه، والآنَ استَحقَّ ثُلُثَيه، فيَسقُطُ عنه بقَدْر ما أخلَف، وضَمِن ثُلُثَ الألفِ للمُوصَى له الآخَرِ؛ لأنه بقَدْر ما أخلَف الوارِثُ من عَبده صار مُفوَّتًا عليه، وضَمِن فَريقُ الألفِ ثُلُثَي الألفِ للمُوصَى له بالعَبد الأرفَعِ، وهو ثُلُثُ عبدِه؛ إذ لولا شَهادتُهما لسَلِم له جَميعُ العبدِ الذي قِيمتُه ألفان، فإنما تَلِف ثُلُثُه عليه بشَهادتهما، فيَضمَنان ذلك، ولا شيءَ للوَرَثة عليهما؛ لأنهما

---

(١) في (د): وذلك.

(٢) في (ن): ثلثه.

(٣) في (ب): كان.

فَوَّتا ثُلُثَي الألفِ من العَبد المَشهودِ به، وحَصَّلا مِثلَه من العَبد الآخَرِ.

ولو ساوَى كلٌّ ألفًا، وهو ثُلُثُه، وشَهِد الفَريقُ الثّانِي بالوَصِيّة والرُّجوعِ: ضَمِنا للأوَّل قِيمةَ عبدِه، ولا شيءَ للوَرَثة.

ولو كان كلٌّ واحِدٍ يُساوِي ألفًا، وثُلُثُ مالِه ألفٌ، وشَهِد الفَريقُ الثّانِي بالوَصِيّة والرُّجوعِ: ضَمِن الفَريقُ الثّانِي للمُوصَى له الأوَّلِ قِيمةَ عبدِه[1]؛ لإتلافهما عليه بالشَّهادة بالرُّجوع، ولا شيءَ للوَرَثة على الأوَّل؛ لأن عَينَ ما شَهِدا به وَصَل إليه، ولا على الثّانِي؛ لأنهما أدخَلا الأوَّلَ في مِلكه.

ولو خَرَجا من ثُلُثه: ضَمِن شُهودُ الثّانِي للأوَّل قِيمةَ عبدِه، ولهم قِيمةَ الثّانِي.

ولو خَرَجا من ثُلُثه، وثُلُثُه ألفان: ضَمِن شُهودُ الثّانِي للأوَّل قِيمةَ عبدِه؛ لأنه لولا شَهادتُهما بالرُّجوع لسَلِم له وللوَرَثة قِيمةُ الثّانِي؛ لأنَّ ما حَصَّلا بالشَّهادة بالرُّجوع لا يَصلُحُ بدَلًا؛ لحُصوله بجِهةٍ أُخرى.

ولو ثُلُثُه ألفًا ونِصفَه: ضَمِنوا للأوَّل قِيمةَ عبدِه، ولهم نِصفَ الثّانِي.

ولو كان ثُلُثُه ألفًا وخَمسَمائةٍ ضَمِن شُهودُ الثّانِي للأوَّل قِيمةَ عبدِه؛ لأنهم أتلَفوا عليه بالشَّهادة بالرُّجوع، وللوَرَثة نِصفُ قِيمةِ الثّانِي؛ لأنهم أتلَفوا الكلَّ وأخلَفوا في النِّصف.

تَداوَلت[2] أيدٍ بإقامة حُجَجٍ واستِحقاقٍ، فرَجَعوا: غَرِم كلٌّ لمن شَهِد عليه.

---

(١) العبارة في (هـ): ولو كان كل واحد يساوي ألفًا، وثلث ماله ألف، وشهد شاهدان أنه أوصى بهذا العبد لهذا، وشهد آخران أنه رجع عن تلك الوصية وأوصى بهذا العبد الآخر لهذا، وقضي له، ثم رجعوا: ضمن الفريق الثاني للموصى له الأول قيمة عبده... إلخ.

(٢) التداول: حصول الشيء تارة في يد هذا وتارة في يد هذا. «التوقيف» ص٩٣.

وفي مَسائِل الدَّعوى: إذا تَداوَلت الأيدِي بإِقامة الحُجَجِ والاستِحقاقِ، فرَجَعوا: غَرِم كلُّ شاهِدَين لمن شُهِد عليه قِيمةَ ما أخرَجاه من يَده؛ إذ لو لا شَهادتُهما لسَلِم له.

بيانُه: رَجُلٌ في يَده عبدٌ، فشَهِد شاهِدان أنه لرَجُلٍ آخر[1]، وقُضِي به له، ثم شَهِد آخَران على المَقضيِّ له بالعَبد لرَجُلٍ آخرَ أنه له، وقُضِي له، ثم شَهِد آخَران على المَقضيِّ له الثّاني أن العبدَ لهذا الثّالِث، وقُضِي للثّالِث، ثم رَجَعوا: ضَمِن كلُّ فَريقٍ للمَشهود عليه جَميعَ قِيمةِ العبدِ؛ لأن كلَّ فَريقٍ أتلَف على المَشهود عليه مِلكَه في العَبد، وقد أقَرُّوا بالرُّجوع أنهم أتلَفوه بغَير حقٍّ، فيَضمَنون له.

ادَّعى أنه وَهَبه له[2] وسَلَّمه، وادَّعى آخَرُ عليه مِثلَه، وقُضِي بينَهما، ورَجَعوا: ضَمِن كلٌّ للواهِب نِصفَه فقط.

عبدٌ في يَد رَجُلٍ، ادَّعى رَجُلٌ أنه وَهَبه[3] له وسَلَّمه إليه، وبَرْهَن عليه، وادَّعى آخَرُ عليه مِثلَه، وشَهِد آخَران له بذلك، ولم يُدرَ التّاريخُ: قُضِي بينَهما نِصفَين؛ لاستِوائهما في الحُجّة.

فإن رَجَع الفَريقان: ضَمِن كلُّ فَريقٍ للواهِب نِصفَ قِيمتِه، ولا يَضمَنُ للمَوهوب له الآخَرِ شيئًا؛ لأن كلَّ فَريقٍ أتلَف بشَهادته نِصفَ العبدِ على الواهِب.

أَوصى بعَتق عبدٍ هو مالَه، فشَهِد وارِثاه بدَينٍ عليه يُساوِيه: قُبِلت، وإن قَلّ لا، وإن أوصى به لرَجُلٍ: قُبِلت.

أَوصى بعَتق عبدٍ هو مالَه، فشَهِد وارِثاه بدَينٍ على المَيْت يُساوِيه: قُبِلت؛ لأن العبدَ

---

(١) في سوى (ب) و(هـ): أنه لهذا الرجل. ونقَله في «الفتاوى الهندية» ٣/ ٥٥٩ كالمثبت هنا.

(٢) في (م) و(ن): منه.

(٣) في (هـ): وهب.

يُباعُ كلُّه بالدَّين، وتَبطُلُ الوصِيَّةُ، ولا يَعودُ شيءٌ منه إليهما، فلا تُهمةَ، وإن قَلَّ الدَّينُ لا تُقبَلُ؛ لأنه إذا بِيعَ شيءٌ منه بَطَلت الوصِيَّةُ؛ لأن بيعَ بعضِ العبدِ مع تَنفيذِ هذه الوصِيّةِ غيرُ مُمكِنٍ؛ لأن هذه الوصِيّةَ تَمنَعُ البيعَ، فإذا كان في ذلك نقضُ الوصِيّةِ كلِّها عاد إليهما شيءٌ منه، فصارا مُتَّهَمَين في شَهادتِهما، فلم تُقبَل.

وإن أَوصى به لرَجُلٍ: قُبِلت الشَّهادةُ على الدَّين مُطلَقًا، قَلَّ الدَّينُ أو كَثُر؛ لخُلُوِّها عن التُّهَمة؛ لأنه لو لم تَثبُت لكان تَنفيذُ الوصِيّةِ في ثُلُث العبدِ، وسَلِم لهما ثُلُثاه، ولو ثَبَت بِيع العبدُ للدَّين، وتُنفَّذُ الوصِيّةُ في الباقِي بعدَ قَضاءِ الدَّينِ، فكان فيها(1) ضررٌ عليهما لا نفعٌ(2)، فتُقبَلُ.

رَجَع أحدُ فَرْعَي أصلَين، وأحدُ فَرْعَي أصلٍ: ضَمِن الأوَّلُ الرُّبُعَ، والثّانِي الثُّمُنَ.

رَجَع أحدُ فَرعَي أصلَين وأحَدُ فَرعَي أصلٍ: ضَمِن الأوَّلُ الرُّبُعَ، والثّانِي الثُّمُنَ؛ لأن الفَرعَين الأوَّلَين أثبَتا كلَّ المالِ، والآخَرين أثبَتا نِصفَه، إلا أنه شائعٌ(3) في الكلِّ، فانفرَد الأوَّلان بإثبات النِّصفِ، واشترَك الكلُّ في إثبات النِّصفِ، فصار النِّصفُ الْمُشترَكُ على أربَعةٍ، فصار النِّصفُ الآخَرُ على أربَعةٍ أيضًا، وصار الكلُّ ثمانيةً، وثبَت بالآخَرين سَهمان بالْمُزاحَمة، فلما ثَبَت أحدُ الأوَّلين بَقِي به أربعةٌ، وبَقِي بأحَد الآخَرين سهمٌ، وصار الفائتُ ثَلاثةً، وإيجابُهما على التَّفاوُت، الأوَّلان أوجَبا ضِعفَ ما أوجَب الآخَران، فصار الغُرمُ عليهما أثلاثًا.

ولو رَجَع واحِدٌ من الأوَّل: ضَمِن رُبُعًا.

---

(١) في (أ) و(د): فيهما.

(٢) في (ج) و(هـ): لا يقع، وفي (أ) و(د) غير منقوطة.

(٣) في (ب): متابع.

ولو رَجَع واحِدٌ من الفَريق الأوَّلِ فقط: ضَمِن رُبُعًا؛ لأن نِصفَ المالِ باقٍ ببقاء أحدِ الأوَّلين، والرُّبُعَ ببقاء الآخَرين.

فإن رَجَع الفَريقُ الآخَرِ: ضَمِنوا النِّصفَ.

فإن رَجَع الفَريقُ الآخَرُ معه: ضَمِنوا النِّصفَ؛ لأن الباقِيَ من الأوَّلين يَبقى بنِصف الحقِّ؛ ألا تَرى أنه لو بَقِي صاحِبُه معه يَبقى الكلُّ.

ولو رَجَع أحَدُ فَرْعَي أصلَين، وأحَدُ فَرْعَي أصلَين: ضَمِنا ثُمُنَين ونِصفًا(س).

ولو رَجَع أحدُ فَرعَي أصلَين، وأحدُ فرعَي أصلَين: ضَمِنا ثُمُنَين ونِصفَ ثُمُنٍ بينَهما، كذا ذُكِر في «الجامِع الكَبيرِ»، وذُكِر في كِتاب الرُّجوعِ عن الشَّهادات: أنهما يَضمَنان النِّصفَ، فقِيل: الأوَّلُ قولُ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، والثَّاني قولُ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

له: أنه بَقِي من يَبقى به نِصفُ الحقِّ؛ لأن الحقَّ ثَبَت بالأربَعة، وقد بَقِي الاثنان منهم، فكان التَّالفُ هو النِّصفَ.

ومحمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ يَقولُ: أحدُ الباقِيَين بَقِي بنِصف الحقِّ؛ لأن صاحِبَه لو لم يَرجِع لبَقِي كلُّ الحقِّ، وأما الآخَرُ: فقد بَقِي ببَقائه بعضُ الحقِّ، وهو دونَ النِّصفِ؛ لأنه لو بَقِي به النِّصفُ لكان الثَّابتُ كلَّ الحقِّ، وحينَئذٍ لا يَجِبُ على الرَّاجِعَين شيءٌ، وليس كذلك..

فنَقولُ: ذلك البعضُ ثُمُنٌ(١) ونِصفُ ثُمُنٍ؛ لأن هذا الباقِيَ إما أن يَكونَ كأحدٍ من الأربَعة الأُصولِ، فيَبقى به رُبُعُ الحقِّ، أو كأحَد اللَّذَين شَهِدا على شَهادة أصلٍ واحِدٍ، فيَبقى به ثُمُنُ الحقِّ، ثم هو أقوى من أحَد اللَّذَين شَهِدا على شَهادة أصلٍ(٢) واحِدٍ(٣)،

---

(١) في (أ): نصف.

(٢) مثبتة من (ج) و(هـ).

(٣) في (ب): الذين شهدا بشهادة نفسه على شهادة واحد.

فيَبقى واحِدٌ[1]؛ لأن القاضِيَ لا يَقضِي بذلك.

وهنا لو لم يَرجِع صاحِبُه يَقضِي به، وهو أضعَفُ من أحَد اللَّذين شَهِدا بشَهادة نفسِه؛ لأن هذا ضَروريٌّ، وذا لا، فإذَنْ يَبقى به[2] رُبُعُ الحقِّ في حالٍ، وثُمُنُه في حالٍ، فجُعِل كأنه بَقِي ثُمُنٌ ونصفٌ؛ لأن الثُّمُنَ[3] مُتيقَّنٌ، والشَّكُّ في الثُّمُن الآخَرِ، فيَتنصَّفُ، ويُضَمُّ النِّصفُ[4] إلى النِّصف[5] الذي بَقِي ببقاء الآخَرِ، فيَكونُ خَمسةَ أثمانٍ ونِصفًا، فكان التَّالفُ ثُمُنَين ونِصفَ ثُمُنٍ، فيَجِبُ على الرّاجِعَين بالسَّوِيّة؛ لأنه ليس أحَدُهما بأَولى من الآخَر، فيَجِبُ على كلِّ واحِدٍ منهما ثُمُنٌ ورُبُعُ الثُّمُن.

قال ابنُ سَماعةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: كَرَّر علينا محمدُ بنُ الحسَنِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ هذه المَسألةَ، وقال لنا: أفَهِمتُم؟ قُلنا: نعم، فلما قُمنا من بَين يَدَيه لم تَصحَبنا إلى عَتَبة البابِ!

رَجَع فَرْعا أصلَين، وفَرْعا أربَعةٍ: ضَمِنوا أثلاثًا(م)[6].

ولو رَجَع فَرعا أصلَين وفَرعا أربَعةٍ: ضَمِنوا أثلاثًا، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ضَمِنوا أنصافًا؛ لأن القَضاءَ وَقَع بشَهادة الفُروعِ من وجهٍ، فهم الذين شَهِدوا مَجلِسَ القَضاءِ وأثبَتوا هذا الحقَّ، وبشَهادة الأُصولِ من وجهٍ، فلهم الشَّهادةُ على المال لا للفُروع.

فمحمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ نظَر إلى الفُروع، وهم سَواءٌ، فقال بالتَّنصيف، وأبو حنيفة وأبو يوسف رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ نَظَرا إلى الأُصول، فجَعَلا الضَّمانَ أثلاثًا، ثُلُثَه على فَرعَي أصلَين،

(١) قوله: (فيبقى واحد) مثبت من (هـ).

(٢) في (أ): له.

(٣) في (ب): النصف.

(٤) مثبتة من (هـ).

(٥) في (د): الثمن.

(٦) في سوى (ع) و(ف): أنصافًا.

وثُلُثَيه[1] على فَرعَي أربَعةٍ.

شَهِد أربَعةٌ بأربَعِمائةٍ، وقُضِي، فرَجَع واحِدٌ عن مِائةٍ، وآخَرُ عن مِائتَين، وآخَرُ عن ثَلاثمِائةٍ: ضَمِنوا خَمسين أثلاثًا.

شَهِد أربَعةٌ بأربعمِائة دِرهَمٍ على رَجُلٍ، وقُضِي بها، فرَجَع واحِدٌ منهم عن مِائةٍ، وآخَرُ عن مِائتَين، وآخَرُ عن ثَلاثمِائةٍ: ضَمِنوا خَمسين أثلاثًا؛ لأنه بَقِي على ثَلاثمِائةٍ شاهِدان: الذي لم يَرجِع والذي رَجَع عن مِائةٍ، ونِصفُ الْمِائةِ يَبقى ببَقاء الباقِي، فكان التّالفُ خَمسين.

شَهِد الفُروعُ بعَتق عبدٍ، وكَذَّبهم الأُصولُ، فمَلَكه الأُصولُ أو الفُروعُ: لم يَعتِق.

شَهِد الفُروعُ بعَتق عبدٍ، ولم يُحكَم به حتى كَذَّبهم الأُصولُ: بَطَلت شَهادتُهم؛ لأنهم إن صَدَقوا في التَكذيب بَطَلت شَهادتُهم، وإن كَذَبوا لم يَصِحَّ التَّحمُّلُ منهم؛ لأنهم فَسَقةٌ.

فإن مَلَكه[2] الأُصولُ أو الفُروعُ: لم يَعتِق.

أما الأُصولُ: فلأنهم أنكَروا الإشهادَ، وأما الفُروعُ: فلأنهم ما أقَرّوا بعتقه، وإنما حَكَوا إخبارَ الغيرِ.

ولو مَلَكه أصلٌ وفرعٌ، أو أصلٌ ثم منه فرعٌ، لا عكسُه: عَتَق.

ولو مَلَكه أحدُ الأصلَين وأحدُ الفرعَين معًا: عَتَق؛ لأن شاهِدَ الفرعِ أقَرَّ أنه عَتَق على شاهِدِ الأصلِ حينَ مَلَك، فصار كأحَد الشَّريكَين إذا شَهِد على صاحِبه بالإعتاق،

---

(١) في (ب) و(د): وثلثه.

(٢) في (ب): فإن نكلوا ملكه.

فعندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَسعى في كلِّ قِيمتِه، كما في تلك الْمَسألةِ، وعندَهما: إن كان الأصلُ مُعسِرًا[1] سَعى للفَرعِ[2]، وإن كان مُوسِرًا لا.

وإن مَلَكه أصلٌ، ثم منه فرعٌ: عَتَق؛ لأنه أقَرَّ بالعِتق على بائِعه، والْمُشتَري إذا أقَرَّ بالعِتق على بائِعه يَنفُذُ إقرارُه عليه، وبالعَكس لا يَعتِقُ؛ لأنه لم يُقِرَّ أحَدُهما بعِتقه.

شَهِدا بقَتل عبدِه رَجُلًا خطأً، وآخَران بإِعتاقه، وقُضِي بهما معًا، أو بالقَتل أوَّلًا، فرَجَعوا: ضَمِن شُهودُ القتلِ ألفًا قِيمتَه، والعَتقِ عَشَرةَ آلافٍ منها قِيمتُه.

شَهِدا بقَتل عبدِه رَجُلًا خطأً، وآخَران بإعتاقه، فقُضِي بهما معًا، أو بالقَتل أوَّلًا، فرَجَعوا: ضَمِن شُهودُ القتلِ ألفًا قِيمتَه، وشُهودُ العِتقِ عشَرةَ آلافٍ، ألفٌ قِيمتُه، وتِسعةُ آلافٍ تَمامُ الدِّيَةِ؛ لأن الشّاهدَ عندَ الرُّجوعِ إنما يَضمَنُ ما وَقَع القَضاءُ بشَهادته، والقَضاءُ بشَهادة شُهودِ القتلِ وَقَع بمِقدار الألفِ.

لأن مُوجَبَ جِنايةِ العبدِ أن تَصيرَ رَقَبتُه جَزاءً، والْمَولى يَتخلَّصُ عنه بدَفع الرَّقَبةِ، فشُهودُ القتلِ شَهِدوا بمِقدار الرَّقَبةِ، والزّائدُ على قِيمة العبدِ وَجَب باختِياره الفِداءَ، فلا يَكونُ ضَمانُه على شُهود القتلِ، بل على شُهود الإعتاقِ؛ لأنه يَقَعُ به اختِيارُ الفِداءِ، فعندَ الرُّجوعِ يَلزَمُهم تِسعةُ آلافٍ تَمامُ الدِّيَةِ، وألفٌ قِيمةُ العبدِ؛ لأنهم استَهلَكوا عبدَه بالإعتاق.

فإن شَهِدا بعَتقه، وقُضِي، ثم آخَران بقَتله وعِلمِه قبلَه: فبعَكسه.

فإن شَهِدا بعَتقه أوَّلًا، وقُضِي به، ثم شَهِد آخَران أنه قَتَله قبلَ العَتقِ، والْمَولى يَعلَمُ به، ثم رَجَعوا: ضَمِن شُهودُ العَتقِ قِيمتَه، وشُهودُ الجِنايةِ عشَرةَ آلافٍ.

(١) في (أ): مقرًا، وفي (هـ): صغيرًا.

(٢) في (ب): في الفرع، وفي (د): الفرع.

أما شُهودُ العَتقِ: فلأن القاضِيَ قَضى بشَهادتهما بالإعتاق لا بالاختِيار، وكيف يُقضى بالاختِيار والجِنايةُ لم تكن ظاهِرةً عندَ القاضِي في ذلك الوقتِ؟! فيَضمَنان قِيمةَ العبدِ لا غيرُ.

وأما شُهودُ القتلِ: فلأنهم أتلَفوا على الْمَولى الدِّيَةَ؛ لأن القاضِيَ إنما قَضى بالدِّيَة بشَهادتهم؛ لأنهم شَهِدوا بجِنايةٍ مَعلومةٍ للمَولى عندَ إعتاقِه إيّاه، فكانوُا شاهِدِين باختِيار الْمَولى الفِداءَ، بخِلاف ما تَقدَّم.

شَهِدا عليه بنِكاحها بألفَين، أو شِراءِ عبدٍ بهما، ومهرُ الْمِثلِ أو قِيمتُه ألفٌ، وآخَران بقَبضه ووَطئِه، والطَّلاقِ بعدَه، وقُضِي معًا، أو بالعَقد أوَّلًا، فرَجَعوا: ضَمَّن شاهِدَي العقدِ ألفًا، وشاهِدَي الوطءِ والقبضِ ألفَين، ورَدَّ على الأوَّلَين ما أخَذا، وضَمَّن شاهِدَي الوطءِ والقبضِ ألفَين.

شَهِدا عليه بنِكاحها بألفَين أو شِراءِ عبدٍ بألفَين، ومهرُ الْمِثلِ أو قِيمتُه ألفٌ، وشَهِد آخَران بقَبض العبدِ أو وطءِ الْمَرأةِ، والطَّلاقِ بعدَه، وقُضِي معًا، أو بالعَقد أوَّلًا، فرَجَعوا: فالْمَقضيُّ عليه إن شاء ضَمَّن شاهِدَي العقدِ ألفًا؛ لأنهم أوجَبوا ألفَين: ألفًا بعِوَضٍ، وألفًا بغَير عِوَضٍ، فيَضمَنان ما كان بغَير عِوَضٍ، ثم يَرجِعُ على شاهِدَي الوطءِ والقبضِ بألفَين، ورَدَّ على الأوَّلَين ما أخَذ منهما، وإن شاء ضَمَّن شاهِدَي الوطءِ والقبضِ ألفَين؛ لأنهم أكَّدوا كلَّ المهرِ والثَّمَنِ ومَنَعوه من السُّقوط.

وإن قُضِي بالوَطء ثُم بالعَقد: ضَمِن كلُّ فَريقٍ ألفًا.

وإن قُضِي بالوَطء أوَّلًا ثم بالعَقد: ضَمِن كلُّ فَريقٍ ألفًا؛ لأن وُجوبَ الزِّيادةِ بالتَّسمِية، والتَّسميةُ ثَبَتت بشُهود العقدِ.

فإن كانت مُرتدّةً، أو مات الْمَبيعُ وقتَ الخُصومةِ: فلا شيءَ على شُهود العقدِ، إلا أن يَتأخَّرَ شُهودُه.

فإن كانت الْمَرأةُ مُرتدّةً، أو مات الْمَبيعُ وقتَ[1] الخُصومةِ: فلا شيءَ على شُهود العقدِ؛ لأنهما شَهِدا على عقدٍ مُنتقِضٍ[2]، إلا أن يَتأخَّرَ الحُكمُ بشَهادة شُهودِ العقدِ، فيَغرَمون الزِّيادةَ.

شَهِدا في شَوّالٍ بعَتق عبدِه قبلَه، فزاد، وقُضِي، فرَجَعا: ضَمِنا قِيمتَه وقتَ القَضاءِ.

شَهِدا في شوّالٍ بعَتق عبدِه في رَمَضانَ، فزاد، وقُضِي، فرَجَعا: ضَمِنا قِيمتَه وقتَ القَضاءِ؛ لأن الشَّهادةَ إنما تَصيرُ عامِلةً عند القَضاءِ، فتُعتبَرُ القِيمةُ حينَئذٍ[3].

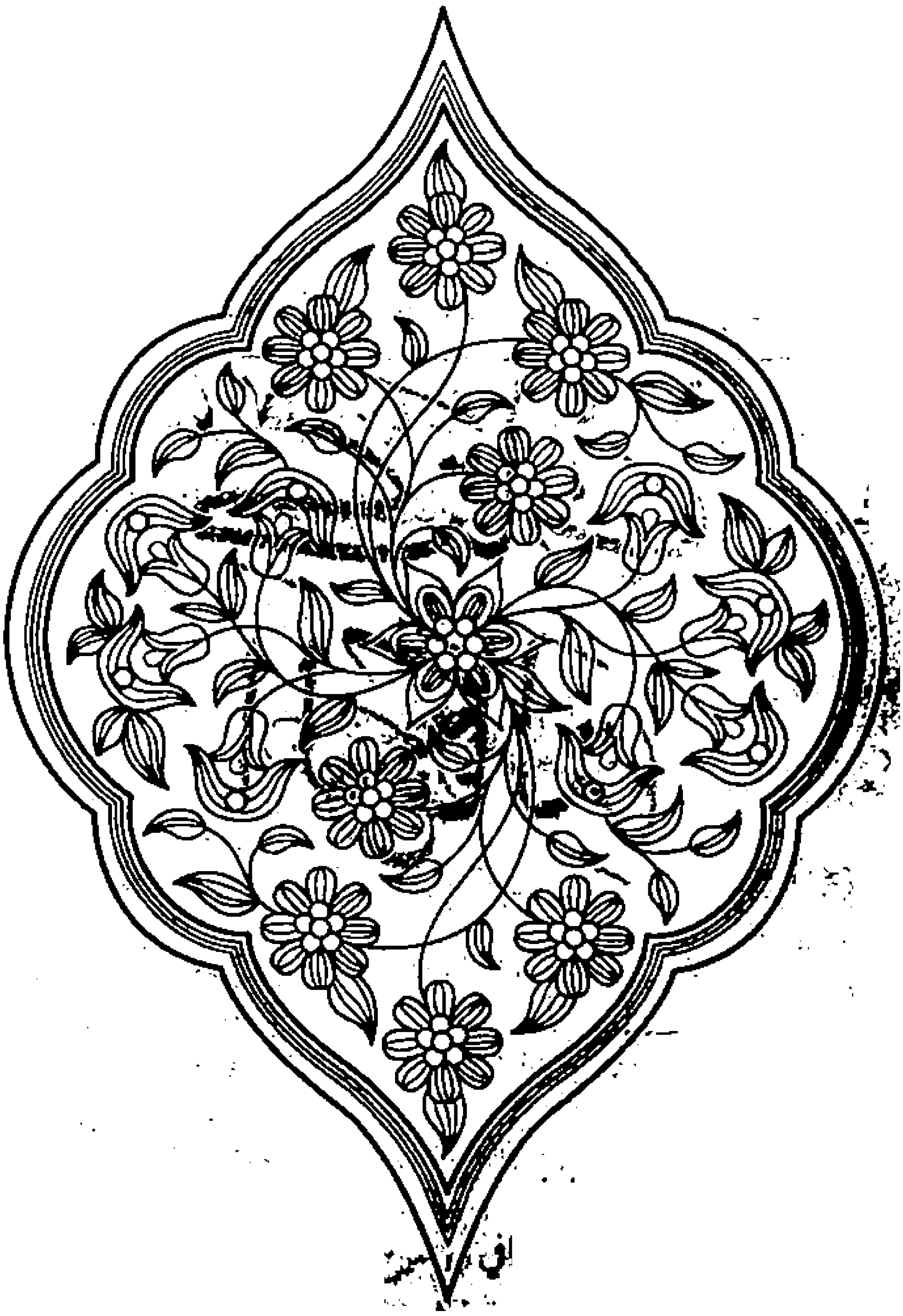
---

(١) في (ب): قبل.

(٢) في (ب): مستيقن، وفي (هـ): متيقن.

(٣) في (ج): تم الجزء الثاني من كتاب «الكافي في شرح الوافي»، ويتلوه في الجزء الثالث كتاب الوكالة.
والحمد لله رب العالمين، وصلاته وسلامه على محمد وآله الطاهرين.
انفق الفراغ من كتابته على يد العبد الضعيف الخاطئ الراجي عفو ربه: ذا النون بن أحمد بن جمال الدين، غفر الله له ولوالديه ولجميع المسلمين أجمعين.
قبيل الزوال يوم الجمعة، أول يوم من شهر شعبان المبارك، من سنة ست وسبعين وسبعمائة الهجرية، حامدًا الله تعالى، ومصليًا على نبيه المصطفى عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ.

كِتَابُ الوَكَالَةِ



كتاب الوكالة

كِتابُ الوَكالةِ[1]

الوَكالةُ: الحِفظُ، ومنه: الوَكيلُ في أَسماء اللهِ تَعالى بمِعنى الحافِظِ.

ولهذا قُلنا: إذا قال: (وَكَّلتُك بمالي) أنه يَملِكُ الحِفظَ فقط.

وقِيلَ: التَّركيبُ دالٌّ على مَعنى التَّفويضِ والاعتِمادِ، ومنه: التَّوَكُّلُ، يُقالُ: (على اللهِ تَوكَّلنا)، أيِ فَوَّضنا أُمورَنا وسَلَّمنا، فالتَّوكيلُ: تَفويضُ التَّصرُّفِ إلى الغَير.

وسُمِّي الوَكيلُ به: لأن الْمُوكِّلَ وَكَّل إليه القِيامَ بأَمره، أي فَوَّضه إليه واعتَمَد فيه عليه.

والوَكيلُ: القائِمُ بما فُوِّض إليه، فَعيلٌ بمَعنى مَفعولٍ؛ لأنه مَوكولٌ إليه الأمرُ.

والوِكالةُ بالكَسر، والفتحُ لُغةٌ.

وهي مَشروعةٌ بالكِتاب، قال اللهُ تَعالى: ﴿فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ﴾ [الكهف: ١٩]، أخبَر اللهُ تَعالى عن أَصحاب الكهفِ أنهم وَكَّلوا واحِدًا منهم بشِراء الطَّعامِ، وما قَصَّ اللهُ تَعالى عن الأُمَم الماضِيةِ بلا إنكارٍ يَكونُ شَريعةً لنا ما لم

---

(١) الوكالة لغة: التفويض إلى الغير، ورد الأمر إليه. وشرعًا: استنابة جائز التصرف مثلَه فيما له عليه تسلطٌ أو ولاية ليتصرف فيها. الوكيل: فعيل بمعنى مفعول. والتوكيل: أن تعتمد على غيرك. «التوقيف» ص٣٤٠.

الوكالة: اسم للتوكيل، وهو إظهار العجز والاعتماد على الغير، والاسم التُّكلان. «الأنيس» ص٨٨.

الوكالة بفتح الواو وكسرها: كالتفويض، يقال: وكله أي فوض إليه، ووَكَلت أمري إلى فلان: أي فوضت إليه واكتفيت به، وتقع الوكالة أيضًا على الحفظ. وهو اسم مصدر بمعنى التوكيل. «المطلع» ص٣٠٩.

يَظهَر ناسِخُه.

والسُّنَّةِ، فقد وَكَّل رَسولُ اللهِ صَلَّىٰ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حكيمَ بنَ حِزامٍ بشِراء الأُضحِيَةِ[1]، وبه[2] وَكَّل عُروةَ البارِقيِّ[3].

وإجماعِ الأُمَّةِ، والمَعقولِ، فقد يَعجِزُ الإنسانُ عن حِفظ مالِه عندَ خُروجِه إلى السَّفَر، وقد يَعجِزُ عن التَّصرُّف في مالة لِقِلّة هِدايتِه، أو لكَثرة أشغالِه، أو لكَثرة مالِه، فيَحتاجُ إلى تَفويض التَّصرُّفِ إلى الغَير بطَريق الوَكالةِ.

صَحَّ تَوكيلُ مالِكِ(ح) التَّصرُّفِ مَن يَعقِلُ العقدَ، ولو صَبِيًّا عاقِلًا، أو عبدًا مَحجورًا. بكلِّ ما يَعقِدُه بنَفسه، وبالخُصومة في الحُقوق بِرِضا الخصمِ(س م [ف])، إلا بمَرَض المُوكِّل، أو إرادةِ السَّفَرِ، أو بكَونها مُخدَّرةً[4].

صَحَّ تَوكيلُ مالِكِ التَّصرُّفِ مَن يَعقِلُ العقدَ، وإن كان صبِيًّا عاقِلًا أو عبدًا مَحجورًا.. بكلِّ ما يَعقِدُه بنَفسه.

اعلَم أن مِن شرطِ الوَكالةِ أن يَكونَ الْمُوكِّلُ ممن يَملِكُ التَّصرُّفَ؛ لأن الوَكيلَ

(١) روى أبو داود (٣٣٨٦) والترمذي (١٢٥٧) عن حكيم بن حزام: أن رسول الله صَلَّىٰ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بعث معه بدينار يشتري له أضحية، فاشتراها بدينار، وباعها بدينارين، فرجع فاشترى له أضحية بدينار، وجاء بدينار إلى النبي صَلَّىٰ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فتصدق به النبي صَلَّىٰ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ودعا له أن يبارك له في تجارته.

(٢) أي بشراء الأضحية.

(٣) روى البخاري (٣٦٤٢) عن عروة: أن النبي صَلَّىٰ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أعطاه دينارًا يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه.

(٤) الخِدر بالكسر: الستر، ويطلق على البيت إن كان فيه امرأة، وإلا فلا.

والمخَدَّرة: المتصونة عن الامتهان والخروج لقضاء الحوائج. «التوقيف» ص١٥٢.

يَستفيدُ وِلايةَ التَّصرُّفِ منه، ويَقدِرُ عليه من قِبَله، ومَن لا يَقدِرُ على شيءٍ كيف يُقدِرُ عليه غَيرَه؟!

وقِيل: هذا على قَول أبي يوسف ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ تَعَالَىٰ، فأما على قَول أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فالشَّرطُ أن يَكونَ التَّوكيلُ حاصِلًا بما يَملِكُه الوَكيلُ، فأما كونُ الْمُوكِّلِ مالِكًا للتَّصرُّف: فليس بشرطٍ، حتى يَجوزُ عندَه تَوكيلُ الْمُسلِمِ الذِّمِّيَّ بِشِراء الخمرِ والخِنزيرِ، وتَوكيلُ الْمُحرِمِ الحَلالَ ببَيع الصَّيدِ.

وقِيل: الْمُرادُ به: أن يَكونَ مالِكًا للتَّصرُّف؛ نظَرًا إلى أَصل التَّصرُّف، وإن امتَنَع لعارِضٍ.

وبيعُ الخمرِ يَجوزُ للمُسلِم في الأَصل، وإنما امتَنَع بعارِض النَّهيِ، ويَلزَمُه الأحكامُ؛ لأن الْمَطلوبَ من الأَسباب أحكامُها، فإذا كان ممن لا يَثبُتُ له الحُكمُ لا يَصِحُّ تَوكيلُه، كالصَّبيِّ الْمَحجورِ والعبدِ الْمَحجورِ.

ومِن شرطِها: أن يَكونَ الوَكيلُ ممن يَعقِلُ العقدَ، أي: يَعرِفُ أن الشِّراءَ جالِبٌ للمَبيع سالِبٌ للثَّمَن، والبيعَ على عَكسه، ويَقصِدُه، أي: يَقصِدُ بمُباشَرة السَّبَبِ ثُبوتَ الحُكمِ؛ وهذا لأنه يَقومُ مَقامَ الْمُوكِّلِ في العِبارة، فلا بُدَّ من أن يَكونَ من أَهل العِبارةِ، وأهلِيَّةُ العِبارةِ تَكونُ بالعَقل؛ لأن الْمُرادَ بالكَلام ما يَكونُ له صُورةٌ ومَعنًى، فكلُّ مُحدَثٍ يَكونُ مَوجودًا بصُورته ومَعناه، ومَعنى الكَلامِ لا يُوجَدُ إلا بالعَقل والتَّميز.

فلو وَكَّل الحُرُّ البالِغُ أو الْمَأذونُ مِثلَهما: جاز؛ لأن الْمُوكِّلَ يَملِكُ التَّصرُّفَ، والوَكيلَ من أَهل العِبارةِ.

ولو وَكَّل صبيًّا لا يَعقِلُ أو مَجنونًا: بَطَل التَّوكيلُ؛ لأنهما ليسا من أَهل العِبارةِ.

ولو وَكَّل صبيًّا مَحجورًا يَعقِلُ البيعَ والشِّراءَ، أو عبدًا مَحجورًا: جاز، ولا تَتعلَّقُ

بهما الحُقوقُ، وتَتعلَّقَ بمُوكِّلهما؛ لأن الصَّبيَّ العاقِلَ له عِبارةٌ مُعتبَرةٌ شرعًا، حتى يَنفُذُ تَصرُّفُه بإذنِ الوليِّ في مِلك نفسِه، فكذا يَنفُذُ تَصرُّفُه في مِلك الغيرِ بتَوكيل المالِكِ إيّاه بذلك.

وهذا لأن اعتِبارَ عِبارتِه يَتمحَّضُ نفعًا له، فبالبَيان بان الإنسانُ من الحَيَوان، وتَحصُلُ له التَّجرِبةُ في التَّصرُّفات، ويَقِفُ على مَظانِّ الغَبْنِ، وكذا العبدُ أهلٌ للتَّصرُّف مالِكٌ له، ولهذا صَحَّ طَلاقُه وإقرارُه بالحُدود، وإنما لا يَملِكُه في حقِّ الْمَولى: دفعًا للضَّرَر عنه، والتَّوكيلُ ليس تَصرُّفًا في حقِّه.

ثم العُهدةُ لا تَلزَمُ الوَكيلَ؛ لأن في إلزام العُهدةِ عليه ضرَرًا بالصَّبيّ، والصَّبيُّ يُبعَدُ من الْمَضارّ، وبالسَّيِّد، فتَلزَمُ الْمُوكِّلَ؛ لأنه لَمّا تَعذَّر إلزامُ العُهدةِ عليهما تَتعلَّقُ بأقرَب النّاسِ إليه، وهو مَن انتَفَع بهذا التَّصرُّفِ، وهو الْمُوكِّلُ، لكن العُهدةُ تَلزَمُ العبدَ الْمَحجورَ بعدَ العِتقِ؛ لأن المانِعَ حقُّ الْمَولى، وقد زال بالعِتق.

بخِلاف الصَّبيِّ؛ لأن المانِعَ ثَمَّ حقُّه، وحقُّه لا يَزولُ بالبُلوغ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الْمُشتريَ إذا لم يَعلَم بحال البائِعِ، ثم عَلِم أنه صبيٌّ مَحجورٌ أو عبدٌ مَحجورٌ: له خِيارُ الفسخِ؛ لأنه إنما باشَر هذا العقدَ على ظنِّ أن حُقوقَه تَتعلَّقُ بالعاقِد، فإذا ظَهَر خِلافُه يُخيَّرُ، كما لو اطَّلَع على عيبٍ بالْمَبيع.

فإن كانا مَأذونَين في التِّجارة: لَزِمهما الثَّمَنُ، ورَجَعا به على الآمِر استِحسانًا؛ لأنهما يَملِكان التِزامَ الثَّمَنِ في ذِمّتهما بتَصرُّفهما لا نفسِهما، فكذا للغَير بحُكم الوَكالةِ، فلهذا تَلزَمُهما العُهدةُ.

وما جاز أن يَعقِدَه بنَفسه مُستبِدًّا به جاز أن يُوكِّلَ به غيرَه، كالبَيع، والشِّراءِ، والإجارةِ، والنِّكاحِ، والطَّلاقِ، والخُلعِ، والصُّلحِ، والإعارةِ، والاستِعارةِ، والهِبةِ،

والصَّدَقةِ، والإيداعِ، وتَقاضِي الدُّيونِ، والرَّهنِ، والارتِهانِ، والإقراضِ، والخُصومةِ في سائِر الحُقوقِ، فقد قال عبدُ اللهِ بنُ جعفرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: كان عليٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لا يَحضُرُ خُصومةً أبدًا، وكان يقولُ: إن الشَّيطانَ يَحضُرُها، وإن لها قُحَمًا[1].

وكان إذا خُوصِم في شيءٍ من أَموالِه وَكَّل عَقيلًا، فلما كَبِر عَقيلٌ وأَسَنَّ وَكَّل عبدَ اللهِ بنَ جَعفَرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، ثم قال: هو وَكيلي، فما قُضِي عليه فهو عَلَيّ، وما قضي له[2] فهو لي[3].

قال: فخاصَمني طَلحةُ في ضَفيرٍ[4] أحدَثه عليٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بينَ أرضِ طَلحةَ وأرضِه[5].

ولأنه يَملِكُ مُباشَرةَ الخُصومةِ بنفسه، فيَملِكُ تَفويضَها إلى غَيره ليقومَ فيها مَقامَه، وقد يَحتاجُ إلى ذلك لقِلّة هِدايتِه، أو لصِيانة نفسِه عن اللَّدَد[6] والخِصامِ عندَ القُضاةِ والحُكّامِ، وعليه إجماعُ أهلِ الإسلامِ.

ثم الشَّرطُ: أن يَكونَ التَّوكيلُ بِرضا الخصمِ، فلا يَصِحُّ التَّوكيلُ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ إلا برِضا الخصمِ، إلا أن يَكونَ الْمُوكِّلُ مَريضًا، أو غائِبًا مَسيرةَ ثَلاثةِ أيّامٍ فصاعِدًا.

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (٢٣١٧٧)، وابن شبة في «تاريخ المدينة» ٣/ ١٠٤٢، والبيهقي (١١٤٣٨) وقال: قال أبو عبيد: قال أبو الزياد: القحم: المهالك.

(٢) في (أ): لي.

(٣) رواه ابن أبي شيبة (٢٣١٧٧) وابن شبة في «تاريخ المدينة» ٣/ ١٠٤٢ مع الأثر السابق بسياق واحد، والبيهقي (١١٤٣٧) دون قول علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الأخير.

(٤) في (ج) و(هـ): صغير. قال في «المصباح» ٢/ ٣٦٣: الضفيرة: الحائط يبنى في وجه الماء، وهي المسناة.

(٥) رواه ابن شبة في «تاريخ المدينة» ٣/ ١٠٤٢ مع الأثرين السابقين في سياق واحد.

(٦) لَدَّ يَلَدُّ لَدَدًا -من باب تعب-: اشتدت خصومته. «المصباح» ٢/ ٥٥١.

وقالا: يَصِحُّ التَّوكيلُ بغَير رِضا الخصمِ، وهو قولُ الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ.

ثم قِيل: الخِلافُ في الصِّحّة، والصَّحيحُ: أن الخِلافَ في اللُّزوم، فعندَه: هي صَحيحةٌ غيرُ لازِمةٍ، حتى لا يَلزَمُ الخصمَ الحُضورُ والجَوابُ بخُصومة الوَكيلِ.

لهم: أن التَّوكيلَ حَصَل بما هو خالِصُ حقِّ الْمُوكِّلِ، فيَصِحُّ بلا رِضا الخصمِ، كالتَّوكيل بالقَبض والإيفاءِ والتَّقاضِي؛ وهذا لأنه وَكَّله بالجَواب أو بالخُصومة، وكِلاهما حقُّ الْمُوكِّلِ.

وله: أنه قَصَد بهذا التَّوكيلِ الإضرارَ بخَصمه فيما هو مُستحَقٌّ عليه، فلا يَملِكُه إلا برِضاه، كالحَوالة بالدَّين؛ وهذا لأن الحُضورَ للجَواب مُستحَقٌّ عليه؛ بدَليل أن القاضِيَ يَقطَعُه عن أَشغاله ويُحضِرُه ليُجيبَ خصمَه، والنّاسُ يَتفاوَتون في الجَواب، فرُبَّ إنكارٍ يَكونُ أشدَّ دفعًا للمُدَّعي من إنكارٍ، والظّاهرُ أن الْمُوكِّلَ إنما يَطلُبُ بالتَّوكيل أن يَشتغِلَ الوَكيلُ بالحِيَل ليَدفَعَ حقَّ الخصمِ عن الْمُوكِّل، وفيه إضرارٌ بالخَصم.

نعم! هو تَوكيلٌ بما هو خالِصُ حقِّه، ولكن لَمّا كان يَتَّصِلُ به ضرَرٌ بالغَير من الوَجه الذي قُلنا لا يَملِكُه بلا رِضاه، كأحَد شَريكَي العبدِ إذا كاتبَه كان للآخَر أن يَفسَخَ، وإن حَصَل تَصرُّفُ الْمُكاتَبِ في مِلكه؛ لأن ضرَرَه يَتَّصِلُ بالشَّريك.

بخِلاف التَّوكيلِ بالقَبض والإيفاءِ؛ فإن الحقَّ مَعلومٌ بصِفته، فلا يَتَّصِلُ بهذا التَّوكيلِ ضرَرٌ بالآخَر، وكذا التَّقاضِي له حدٌّ مَعلومٌ يَمنَعُ الوَكيلَ عن مُجاوَزة ذلك الحدِّ، فلا يَتضرَّرُ به الخصمُ، فأما الخُصومةُ: فليس لها حدٌّ مَعلومٌ يُعرَفُ ذلك حتى إذا جاوَزه مُنِع منه، وبعضُهم أَلحَنُ[1] بحُجّته، فيَحتالُ في الإثبات، فلهذا شُرِط رِضا الخصمِ.

---

(١) قال في «النهاية» ٤/ ٢٤١: اللحن: الميل عن جهة الاستقامة، يقال: لحن فلان في كلامه: إذا مال عن صحيح المنطق، وأراد -أي النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في حديث: «وعسى أن يكون بعضكم ألحن =

بخِلاف حالةِ المرَضِ والسَّفرِ؛ لأن الجَوابَ غيرُ مُستحَقٍّ على الْمَريض والْمُسافِرِ، وليس للخَصم حقُّ الْمُطالَبةِ بإحضار الْمُوكِّلِ؛ لعَجزهما، فلا يَكونُ في التَّوكيل إسقاطُ[1] حقٍّ مُستحَقٍّ عليه.

والْمَريضُ إذا لم يُمكِنه الحُضورُ بنَفسه، ويُمكِنُه برُكوب الدّابّةِ والحملِ على أيدِي النّاسِ: يَلزَمُ منه التَّوكيلُ بلا رِضا الخصمِ، وإن كان لا يَزيدُه الرُّكوبُ مرَضًا في **الأصَحّ**.

وإذا قال: (أنا أُريدُ السَّفَرَ) يَلزَمُ منه التَّوكيلُ بلا رِضا خصمِه، طالِبًا كان الْمُوكِّلُ أو مَطلوبًا؛ لأنه لو لم يَجُز يَلحَقُه الحرَجُ بالانقِطاع عن مَصالِحه.

ولو كانت الْمَرأةُ مُخدَّرةً لم تَجْرِ عادتُها بالبُروز وحُضورِ مَجلِسِ الحاكِمِ[2].. قيل: يَلزَمُ التَّوكيلُ، وألحَقوها بالْمَريضة؛ لعَجزها عن الإدلاء[3] بحُجّتها؛ لِمَكان الحَياءِ، وهذا شيءٌ استَحسَنه الْمُتأخِّرون.

والْمُتأخِّرون اختاروا للفَتوى أن القاضِيَ إذا عَلِم من الخَصم التَّعنُّتَ في إِباء الوَكيلِ لا يُمكِّنُه من ذلك، ويَقبَلُ التَّوكيلَ من الْمُوكِّل، وإن عَلِم من الْمُوكِّل القصدَ إلى الإضرار بصاحِبه في التَّوكيل لا يَقبَلُ منه التَّوكيل إلا برِضا صاحِبِه، وهو اختِيارُ شمسِ الأئمّةِ السَّرَخسيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وبإِيفائها، واستِيفائِها، إلا في حدٍّ وقَوَدٍ[4] إن غاب الْمُوكِّلُ[ف].

=بحجته من الآخر»-: أن بعضكم يكون أعرف بالحجة وأفطن لها من غيره.

(١) في (د): إثبات.

(٢) في (ب): الحكم، وفي (ج): الحكام.

(٣) في (ج) و(د): الأداء.

(٤) في (م) و(ن): وقصاص.

وبإيفائها واستيفائها، إلا في الحدود والقوَدِ[1] إن غاب المُوكِّل.

اعلَم أن التَّوكيلَ بإيفاء الحُقوقِ -أي بأدائها- وباستيفاءِ الحُقوقِ -أي بقَبضها- جائزٌ، إلا في الحُدود والقِصاصِ، فإن الوَكالةَ لا تَصِحُّ[2] باستيفائها مع غَيبةِ المُوكّلِ عن المَجلِس؛ لأنها تَسقُطُ بالشُّبُهات، فلا تُستوفى بما يَقومُ مَقامَ الغيرِ؛ لِما فيه نوعُ شُبهةٍ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُستوفى القِصاصُ في حال غَيبةِ المُوكِّلِ؛ لأنه حقُّ العبدِ.

ولنا: أنه عُقوبةٌ تَسقُطُ بالشُّبُهات، وشُبهةُ العفوِ ثابِتةٌ في حال غَيبةِ المُوكِّلِ؛ لجَواز أن يَكونَ المُوكِّلُ قد عَفا بنَفسه والوَكيلُ لا يَشعُرُ به، بل هو الظّاهرُ؛ إذ العفوُ مَندوبٌ إليه، قال اللهُ تَعالى: ﴿فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ﴾ [المائدة: ٤٥]، ولهذا إذا كان المُوكِّلُ حاضِرًا يَجوزُ للوَكيل أن يَستوفيَ؛ لأنه لا يَتمكَّنُ فيه شُبهةُ العفوِ، وقد يَحتاجُ المُوكِّلُ إلى ذلك لِقلّة هِدايتِه في الاستيفاء، أو لأن قلبَه لا يَحتمِلُ ذلك.

بخِلاف الاستيفاءِ في غَيبة الشُّهودِ؛ لأن رُجوعَهم نادِرٌ.

ويَجوزُ التَّوكيلُ بإثبات حدِّ السَّرقةِ والقذفِ والقِصاصِ بإقامة الشُّهودِ، وإذا ثَبَت فللمُوكِّل استيفاؤُه.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَصِحُّ التَّوكيلُ بإثبات الحُدودِ والقِصاصِ بإقامة الشُّهودِ أيضًا.

وقولُ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ مُضطرِبٌ، والأظهَرُ أنه مع أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقِيل: هذا الخِلافُ في حال غَيبةِ المُوكِّلِ، فأما عندَ حضرتِه: فهو جائزٌ إجماعًا؛ لأن كلَّ كَلامٍ يُوجَدُ من الوَكيل عندَ حَضرةِ المُوكِّلِ

(١) في (ج): في الحدود والقصاص والقود.

(٢) في (ج): لا تبقى.

يَنتقِلُ[1] إلى الْمُوكِّل إذا لم يكن فيه عُهدةٌ على الوَكيل، كما مَرَّ في النِّكاح.

لأبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الوَكيلَ بمَنزِلة البدَلِ عن الأَصل، ولا مَدخَلَ للأبدال في هذا البابِ، ولهذا لا تَثبتُ بالشَّهادة على الشَّهادة، وبكِتاب القاضِي إلى القاضِي، وبشَهادة النِّساءِ مع الرِّجالِ، وبالإشارة من الأخرَس التي هي بدَلٌ من العِبارة.

ولأن الْمَقصودَ من الإثبات الاستيفاءُ، فإذا لم يَصِحَّ التَّوكيلُ بالاستيفاء فلا يَصِحُّ التَّوكيلُ بالإثبات أيضًا.

ولهما: أن التَّوكيلَ تَناوَل ما ليس بحدٍّ ولا قِصاصٍ، ولا يُضافُ إليه الحدُّ، وهي الخُصومةُ، فيَصِحُّ التَّوكيلُ فيه، كما في سائِر الحُقوقِ؛ وهذا لأن وُجوبَ الحدِّ مُضافٌ إلى الجِناية، وظُهورَه مُضافٌ إلى الشَّهادة، والخُصومة شرطٌ محضٌ لا أثَرَ لها في الوُجوب والظُّهورِ؛ إذ الحُكمُ لا يُضافُ إلى الشَّرط.

وعلى هذا الخِلافِ: التَّوكيلُ بالجَواب في جانِب من عليه الحدُّ والقِصاصُ.

وكَلامُ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ فيه أبيَنُ؛ لأن التَّوكيلَ وَقَع هنا بدَفع دَعوى القِصاصِ والحُدودِ، ودفعُها يَثبُتُ مع الشُّبُهاتِ، حتى يَثبُتُ العفوُ عن القِصاص بالشَّهادة على الشَّهادة، غيرَ أن إقرارَ الوَكيلِ لا يُقبَلُ عليه؛ لأن فيه شُبهةَ عدَمِ الأمرِ به، والتَّوكيلُ بإثبات حدِّ الزِّنى وحدِّ شُربِ الخمرِ لا يَصِحُّ اتِّفاقًا؛ لأنه لا حقَّ لأحدٍ فيه، وإنما تُقامُ البيِّنةُ على وَجه الحِسبةِ، فإذا كان أجنبيًّا عنه لا يَصِحُّ تَوكيلُه إيّاه.

والحُقوقُ فيما يُضِيفُ الوَكيلُ إليه، كالبَيع والإجارةِ: تَتعلَّقُ به(ف)[2] إن لم يكن

---

(١) في (هـ): ينتقل إجماعًا.

(٢) أي بالوكيل.

مَحجورًا، كالتَّسليم، والتَّسلُّمِ، والرُّجوعِ عندَ الاستِحقاقِ[١]، والخُصومةِ في العَيب.

والحُقوقُ في كلِّ عقدٍ يُضيفُه الوَكيلُ إلى نفسه، كالبَيع، والشِّراءِ، والإجارة، والصُّلحِ الجارِي مَجرى البيعِ: تَتعلَّقُ بالوَكيل إن لم يكن مَحجورًا، كما مَرّ، لا بالْمُوكِّل، كالتَّسليم والتَّسلُّمِ، والرُّجوعِ عندَ الاستِحقاقِ، والخُصومةِ في العَيب.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تَتعلَّقُ بالْمُوكِّل؛ لأن كلَّ الحُقوقِ لا تَثبُتُ أصلًا بل تَبعًا للحُكم الحاصِلِ به، والوَكيلُ ليس بأصلٍ في حقِّ الحُكمِ، فلا يَكونُ أصلًا في الحُقوق التي هي من تَوابعِ الحُكمِ، فصار كالرَّسول والوَكيلِ بالنِّكاح وأخَواتِه[٢].

ولنا: أن الوَكيلَ أصلٌ في العَقد؛ لأن العقدَ يَقومُ بالكَلام، وصِحّةُ كَلامِه باعتِبار كونِه آدَميًّا عاقِلًا، فقَضِيَّتُه تَستَدعي أن يَكونَ الحاصِلُ بالتَّصرُّف واقِعًا له[٣]، غيرَ أن الْمُوكِّلَ لَمّا استَنابه في تَحصيل الحُكمِ جَعَلناه نائِبًا في حقِّ الحُكمِ، وراعَينا الأصلَ في حقِّ الحُقوقِ، ولهذا يُستغنى عن إضافة العقدِ إلى الْمُوكِّل، ولو كان سَفيرًا كما زَعَم لَما استَغنى عن ذلك، كالرَّسول، وإذا كان أصيلًا في الحُقوق فيُسلِّمُ الْمَبيعَ، ويَقبِضُ الثَّمَنَ، ويُطالَبُ بالثَّمَن إذا اشتَرى، ويَقبِضُ الْمَبيعَ، ويُخاصِمُ في العَيب لو مُشترِيًا، ويُخاصِمُ لو بائِعًا؛ لأن الكلَّ من الحُقوق.

ثم قِيل: الْمِلكُ في باب الشِّراءِ يَثبُتُ للوَكيل، ثم يَنتقِلُ منه إلى الْمُوكِّل.

والصَّحيحُ: أن الْمِلكَ يَثبُتُ للمُوكِّل ابتِداءً خِلافةً عنه، أي بدَلًا عنه؛ اعتِبارًا للتَّوكيل السّابقِ، كالعَبد[٤]

(١) العبارة في (م) و(ن): إن لم يكن محجورًا كتسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن والخصومة.

(٢) في (ج): وهي الخلع، والصلح عن دم العمد، والعتق على مال، والكتابة، والصلح عن إنكار.

(٣) في (ب): وأفعاله.

(٤) في (ج): فالعبد.

يَتَّهِبُ[1] ويَصطادُ، فإن الْمَولى يَخلُفُ عن العَبد في حقِّ الْمِلك، ولهذا لو كان الْمُشترَى مَنكوحةَ الوَكيلِ أو قَريبَه[2]: لا يَفسُدُ النِّكاحُ، ولا يَعتِقُ عليه.

وفيما يُضِيفُ إلى الْمُوكِّل، كالنِّكاح، والخُلعِ، والصُّلحِ عن دَم عمدٍ، وعن إنكارٍ: يتعلق به[3].

فلا يُطالِبُ وَكيلُه بالْمَهر، ووَكيلُها بتَسليمها.

والحُقوقُ في كلِّ عقدٍ يُضيفُه الوَكيلُ إلى مُوكِّله، كالنِّكاح، والخُلعِ، والصُّلحِ عن دَم العمدِ، والعَتقِ على مالٍ، والكِتابةِ، والصُّلحِ عن إنكارٍ: تَتعلَّقُ بالْمُوكِّل دونَ الوَكيلِ، فلا يُطالَبُ وَكيلُ الزَّوجِ بالْمَهر، ولا يَلزَمُ وَكيلَ الْمَرأةِ تَسليمُها؛ لأن الوَكيلَ فيها سَفيرٌ محضٌ، حتى لا يُستغنى عن إضافة العقدِ إلى الْمُوكِّل.

ولو أَضافه إلى نَفسه وَقَع النِّكاحُ له، فصار كالرَّسول؛ وهذا لأن الحُكمَ هنا لا يَقبَلُ الفصلَ[4] عن السَّبَب؛ لأنها من قَبيل الإسقاطاتِ.

أما غيرُ النِّكاحِ: فظاهِرٌ، وكذا النِّكاحُ؛ لأنها تَسقُطُ مالِكيَّتُها[5] بعَقد النِّكاحِ، ولأن الأصلَ في الأَبضاع الحُرمةُ، فكان النِّكاحُ إسقاطًا للحُرمة نظَرًا إلى الأَصل، وإنما يَثبُتُ الْمِلكُ له عليها ضَرورةً ليَتمكَّنَ من الوَطء، ولهذا لا يَظهَرُ في حقِّ الفسخِ والتَّمليكِ من الغَير، ففيما وراءَ ذلك فهو إسقاطٌ؛ جريًا على الأَصل؛ إذ الحُرِّيَّةُ[6] تُنافِي الْمِلكَ،

---

(١) في (هـ): ينهب.

(٢) في (هـ): قريبته.

(٣) أي بالموكِّل.

(٤) في (ب) و(هـ): فضل.

(٥) في (أ): في مالكيتها، وفي (ب): لأنه يسقط مالكيتها. وانظر «التبيين» ٤/ ٢٧٥، و«الفتح» ٨/ ١٩.

(٦) في (ب) و(ج): الحرمة.

والسّاقطُ يَتلاشى، فلا يُتصوَّرُ أن يَكونَ السَّببُ صادِرًا من شخصٍ على سَبيل الأصالةِ، والحُكمُ واقِعًا لغَيره، فجَعَلناه سَفيرًا.

بخِلاف البيعِ؛ فإن حُكمَه يَقبَلُ الفصلَ[1] عن السَّبَب، كما في البَيع بشَرط الخِيارِ، فجاز أن يَصدُرَ السَّببُ من شخصٍ أصالةً ويَقَعَ الحُكمُ لغَيره خِلافةً.

ولو وَكَّل وَكيلًا بأن يَهَبَ عبدَه لفُلانٍ، أو يَتصدَّقَ عليه، أو يُعيرَه إيّاه، أو يُودِعَه، أو يَرهَنَه، أو يُقرِضَه: فهو سَفيرٌ أيضًا؛ لأن أحكامَ هذه العُقودِ إنما تَثبُتُ بالقَبض، فلا يَجوزُ أن يَكونَ الوَكيلُ أصيلًا فيه؛ لأنه أجنَبيٌّ عن المحَلِّ الذي يُلاقِيه القبضُ، فكان سَفيرًا ومُعبرًا عن المالِك، بخِلاف البيعِ؛ لأنه يَتعلَّقُ بالعِبارة، وهي له.

وكذا إذا كانت الوَكالةُ من الْمُلتمِس لهذه[2] التَّصرُّفاتِ، كما لو وَكَّله بالاستِعارة، أو الارتِهانِ، أو الاستِيهابِ، فالحُكمُ والحُقوقُ كلُّها تَتعلَّقُ بالْمُوكِّل.

وكذا الوَكالةُ بالشِّركة والْمُضارَبةِ.

فأما التَّوكيلُ بالاستِقراض: فلا يَصِحُّ، ولا يَثبُتُ الْمِلكُ فيما استَقرَض للمُوكِّل، إلا إذا بَلَّغ على سَبيل الرِّسالةِ فيقولُ: (أرسَلني إليك فُلانٌ، ويَستقرِضُ كذا)، فحينَئذٍ يَثبُتُ الْمِلكُ للمُستقرِض.

وهذا لأن الْمُستقرِضَ يَلتزِمُ[3] بدَلَ القرضِ في ذِمّته، ولو قال: (بع شيئًا من مالك على أن يَكونَ ثَمَنُه لي) لا يَصِحُّ، فكذا إذا قال: (التَزِم العشَرةَ في ذِمّتك على أن يَكونَ عِوَضُه لي)، فكان التَّوكيلُ بالاستِقراض قِياسَ التَّوكيلِ بالتَّكدِّي[4]، فكان باطِلًا.

---

(١) في (ب) و(هـ): الفضل.

(٢) في (ب) و(ج) و(د): بهذه.

(٣) في (أ): ملتزم، وفي (ب): يستلزم.

(٤) التكدي في الأصل: لفظ فارسي، ومعناه: السؤال من الناس، والدوران فيه. «البناية» ٦/ ٧٨.

وللمُشتَرِي منعُ الْمُوكِّلِ عن الثَّمن، وإن دَفَع صحّ، ولم يَأْخُذه الوَكيلُ.

وما استَقرَض للوَكيل، وله[1] أن يَمنَعَه من الآمِر، ولو هَلَك هَلَك من ماله، والْمُوكِّلُ إذا طالَب الْمُشتريَ بالثَّمَن له أن يَمنَعَه إيّاه؛ لأن حقَّ القبضِ للوَكيل؛ إذ الحُقوقُ تَرجِعُ إلى العاقِد، والْمُوكِّلُ كالأجنَبيِّ عن حُقوق العقدِ.

فإن دَفَع الْمُشتَري إلى الْمُوكِّل[2] صَحّ، ولم يكن للوَكيل أن يُطالِبَ الْمُشتَريَ به ثانيًا؛ إذ الثَّمَنُ الْمَقبوضُ حقُّ الْمُوكِّلِ؛ لأنه بدَلُ[3] مِلكِه، والحقُّ قد وَصَل إلى مُستحِقِّه، ولو طالَب الوَكيلُ الْمُشتريَ لكان للمُشتَري وِلايةُ الْمُطالَبةِ والاستِردادِ من الْمُوكِّل، ثم إذا استَردَّ يَدفَعُ إلى الوَكيل، ثم الوَكيلُ يَدفَعُ إلى الْمُوكِّل..

ولهذا لو كان للمُشتَري على الْمُوكِّل[4] دَينٌ: تَقَعُ الْمُقاصّةُ بالثَّمَن، ولو كان للمُشتَري عليهما دَينٌ: تَقَعُ الْمُقاصاةُ بدَين الْمُوكِّلِ دونَ دَينِ الوَكيلِ..

ولو كان الدَّينُ على الوَكيل وحدَه: يَصيرُ قِصاصًا بدَينه أيضًا عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ؛ لِما أنه يَملِكُ الإبراءَ عنه عندَهما، ولكنه يَضمَنُه للمُوكِّل في فَصلَي الْمُقاصّةِ والإبراءِ.

ولا يَجوزُ الإبراءُ عن الثَّمَن في قَول أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ؛ لأنه تَصرُّفٌ في مِلك الغيرِ؛ إذ الثَّمَنُ مِلكُ الْمُوكِّلِ.

ولهما: أن الإبراءَ إسقاطٌ لحقِّ القبضِ، والقبضُ خالِصُ حقِّ الوَكيلِ، حتى لا يَمنَعُه الْمُوكِّلُ عن ذلك، واللهُ سُبحانَه أعلَمُ.

---

(١) في (أ): فله، وفي (هـ): له

(٢) في (هـ): فإن دفع الموكل الى المشتري.

(٣) في (ج): يترك.

(٤) في (هـ): لو كان للموكل على المشتري.

بَابُ الوَكالةِ بالبيعِ والشِّراءِ

الأصلُ: أن الجَهالةَ ثلاثةُ أنواعٍ:

فاحِشةٌ، وهي جَهالةُ الجِنسِ، كالتَّوكيل بشِراء الثَّوبِ والدّابّةِ والرَّقيقِ، وهي تَمنَعُ صِحّةَ الوَكالةِ وإن بَيَّن الثَّمَنَ؛ لأن الوَكيلَ لا يَقدِرُ على الامتِثال[1].

ويَسيرةٌ، وهي جَهالةُ النَّوعِ، كالتَّوكيل بشِراء الحِمارِ، والفَرسِ، والبغلِ، والثَّوبِ الهَرَويِّ والْمَرْويِّ، فإنها لا تَمنَعُ صِحّةَ الوَكالةِ وإن لم يُبيِّن الثَّمَنَ.

وقال بِشرُ بنُ غِياثٍ[2]: لا تَصِحُّ الوَكالةُ؛ لأن التَّوكيلَ بالبَيع والشِّراءِ مُعتبَرٌ بنَفس البيعِ والشِّراءِ، فلا يَصِحُّ إلا ببَيان وصفِ الْمَعقودِ عليه.

ولنا: أن عَلَيهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ وَكَّل حَكيمَ بنَ حِزامٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنهُ بشِراء شاةٍ للأُضحِيّة[3].

ومَبنى الوَكالةِ على التَّوسُّع؛ لكَونه استِعانةً، فتُتحمَّلُ فيها الجَهالةُ اليَسيرةُ استِحسانًا؛ إذ في اشتِراط بَيانِ الوصفِ بعضُ الحرَجِ، فسَقَط اعتِبارُه.

وجَهالةٌ مُتوسِّطةٌ، وهي بينَ النَّوعِ والجِنسِ، كالتَّوكيل بشِراء عبدٍ، أو بشِراء أمةٍ، أو دارٍ، فإنْ بَيَّن الثَّمَنَ أو النَّوعَ: يصِحُّ[4]، ويُجعَلُ مُلحقًا بجَهالة النَّوعِ، وإن لم يُبيِّن الثَّمَنَ

---

(١) في (ج) و(د): الإمساك.

(٢) في (هـ): رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) أي التوكيل.

أو النَّوعَ: لا يصِحُّ، ويَلتحِقُ بجَهالة الجِنسِ؛ لأنه يَمنَعُ الامتِثالَ[1].

وبشراء[2] ثوبٍ هَرَويٍّ[3]، أو فَرَسٍ، أو حِمارٍ، وإن لم يُسَمِّ ثَمَنًا.

إذا ثَبَت هذا فنَقولُ: صَحَّ التَّوكيلُ بشِراء ثوبٍ هَرَويٍّ أو مَرْويٍّ، أو فرَسٍ، أو حِمارٍ، أو بغلٍ، وإن لم يُسَمِّ الثَّمَنَ؛ لأن هذه جَهالةُ النَّوعِ، فكانت يَسيرةً، ويُمكِنُ دَرْكُها بالنَّظَر إلى حال الْمُوكِّل، ثم إذا اشتَرى بمِثل قِيمتِه أو بما يَتغابَنُ النّاسُ فيه: نَفَذ على الْمُوكِّل؛ لتَعذُّر الاحتِرازِ عن الغَبن اليَسيرِ، وإن اشتَراه بغَبنٍ فاحِشٍ نَفَذ على الوَكيل.

وبشِراء عبدٍ، ودارٍ، إن[4] سَمّى ثَمَنًا.

وصَحَّ التَّوكيلُ بشِراء عبدٍ أو أمةٍ أو دارٍ إن سَمّى ثَمَنًا؛ لأنه قَلَّت الجَهالةُ؛ إذ يُمكِنُ دَرْكُها بحال[5] الْمُوكِّلِ، وإن لم يُبيِّن الثَّمَنَ لا يَصِحُّ؛ لأنه يَشمَلُ أنواعًا.

أما غيرُ الدّارِ: فظاهِرٌ، وكذا الدّارُ؛ لأنها تَختلِفُ باختِلاف الجِيرانِ، والبُلدانِ، والْمَرافِقِ، والْمَحالِّ.. اختِلافًا فاحِشًا.

فإن بَيَّن النَّوعَ، كالتُّركيِّ، والحبَشيِّ، والهِنديِّ، والسِّنديِّ، والْمَولِدَ، أو بَيَّن نوعَ الدّارِ والْمَحَلّةَ: صَحّ، وإن[6] لم يُبيِّن الصِّفةَ: الجَودةَ[7] والرَّداءةَ والسِّطةَ[8]؛ لأنها جَهالةٌ

---

(١) في (ج): الانتقال، وفي (د): الإمساك.

(٢) أي وصح التوكيل بشراء..

(٣) نسبة إلى مدينة هراة. وهي مدينة عظيمة مشهورة، من أمهات مدن خراسان. «معجم البلدان» ٥/ ٣٩٦.

(٤) في (ف): وإن.

(٥) في (هـ): بمال.

(٦) في (ب): إن. وانظر «الهداية» ٣/ ١٩٣.

(٧) بدل من الصفة. وفي (ج): والجودة، وفي (د): أي الجودة. وانظر «الهداية» ٣/ ١٩٣.

(٨) أي الوَسَط، وأصله وسط، حذفت الواو منه كما في عدة وغطة، وعوضت التاء في آخرها عن=

مُستدرَكةٌ.

وبقَوله: (اشتَرِ لي بألفٍ ثِيابًا)، أو (دَوابَّ)، أو (أشياءَ)، أو (ما شِئتَ)، أو (ما رَأيتَ)، أو (أَدنى شيءٍ حَضَرك)، أو (ما يُوجَدُ)، أو (ما يَتَّفِقُ)، أو (اشتَرِ لي به وبِعْ)، أو (اجعَل ألفًا من مالِك بِضاعةً)، أو (اشتَرِ لي به)، ولم يَزِد، أو (أذِنتُ لك أن تَشتريَ به).

ولو قال: (اشتَرِ لي بألفٍ ثِيابًا)، أو (دَوابَّ)، أو (أشياءَ)، أو (ما شِئتَ)، أو (ما رَأيتَ)، أو (أَدنى شيءٍ حَضَرك)، أو (ما يُوجَدُ)، أو (ما يَتَّفِقُ): صَحَّ؛ لأن التَّعميمَ دَلالةُ التَّفويضِ إلى رَأيه[1].

وكذا لو قال: (اشتَرِ لي بألفٍ وبِع[2])، أو (اجعَل ألفًا من مالك بِضاعةً)؛ لأنه تَفويضٌ.

وكذا لفظُ البِضاعةِ يَدُلُّ على التَّعميم، ويَصيرُ مُستقرِضًا منه ألفًا، ويَصيرُ البائعُ قابِضًا للآمِرِ أوَّلًا[3] بحُكم القرضِ، ثم يَصيرُ قابِضًا لنَفسه.

وكذا لو قال: (اشتَرِ لي به)، ولم يَزِد عليه، فإنه يَصِحُّ استِحسانًا؛ لأنه تَفويضٌ عامٌّ، فكأنه قال: (اشتَرِ ما بَدا لك)، أو قال: (سَلَّطتُك على الشِّراء به).

وكذا لو قال: (أذِنتُ لك أن تَشتريَ به)؛ لِما بَيَّنَّا.

بخِلاف (ثَوبًا)، و(دابّةً)، و(شيئًا)، و(أثوابًا)، و(ثَلاثةَ أثوابٍ)، و(ما أُرِيدُه)، و(ما أَحتاجُ إليه)، و(بِضاعةً في حَوائِجي).

= الواو. «البناية» ٩/ ٢٣٧. وفي (ب) و(هـ): البسطة.

(١) في (أ): غيره.

(٢) في (ب): أو بع.

(٣) في (هـ): قابضًا للأموال.

ولو وَكَّله بشِراء ثَوبٍ، أو دابّةٍ، أو رَقيقٍ: لا يَصِحُّ، وإن بَيَّن الثَّمَنَ؛ لأن الجَهالةَ فاحِشةٌ.

والثَّوبَ يَتناوَلُ أجناسًا شتّى من الأطلَس[1] إلى الكِساء[2].

والدّابّةَ في اللُّغة اسمٌ لِما يَدُبُّ على وَجه الأرضِ، وفي العُرف يَقَعُ على الفَرَس والحِمارِ والبغلِ.

والرَّقيقَ يَنتظِمُ الذُّكورَ والإناثَ، والذَّكَرُ والأُنثى من بَني آدمَ جِنسان مُختلِفان، وجَهالةُ الجِنسِ مانِعةٌ من الائتِمار والامتِثالِ.

وبتَسمِية الثَّمَنِ لا تَزولُ الجَهالةُ؛ إذ يُوجَدُ[3] بما سُمِّي واحِدٌ من كلِّ جِنسٍ، ولا يُعرَفُ مُرادُ الآمِرِ، والأمرُ بما لا يَقدِرُ المَأمورُ على الامتِثال به باطِلٌ.

وكذا لو قال: (اشتَرِ لي بهذا الألفِ شيئًا[4])، أو (أثوابًا)، أو (ثَلاثةَ أثوابٍ)، أو (ما أُريده)، أو (ما أحتاجُ إليه)، أو (بِضاعةً في حَوائِجي): لا يَصِحُّ؛ للجَهالة.

وفَرَّقوا بينَ (ثِيابًا) و(أثوابًا) فقالُوا: الأوَّلُ للجِنس، والثّانِي لا، كأن الفرقَ نَشَأ عن عُرفهم[5].

وَكَّله بشِراء طَعامٍ: يَقَعُ على البُرِّ[و] ودَقيقِه[ر].

---

(١) الثوب الأطلس: الثوب الخَلَق. «المختار» ص١٩١.

(٢) في (ب): الكتان.

(٣) في (هـ): يؤخذ.

(٤) في (ج): بيتًا.

(٥) في (ب) زيادة: وفي عرفهم (ثيابًا) ينصرف إلى الجنس فيجوز، وأثوابًا ثلاثة أثواب ليست للجنس فلا تصح.

ومن دَفَع إلى آخرَ دَراهِمَ، ووَكَّله أن يَشتريَ له بها طَعامًا: فإنه يَقَعُ على البرِّ ودَقيقِه، والقِياسُ: أن يَتناوَلَ كلَّ مَطعومٍ؛ لإطلاق الاسمِ، كما لو حَلَفَ لا يَأكُلُ طَعامًا؛ إذ هو اسمٌ لِما يُطعَمُ.

وجهُ الاستِحسانِ: أن الطَّعامَ متى ذُكِر مَقرونًا بالبَيع والشِّراءِ فإنما يُرادُ به البُرُّ ودَقيقُه، ولهذا لو حَلَفَ لا يَشتَري طَعامًا لا يَحنَثُ إلا بشِراء البُرِّ ودَقيقِه، ولا عُرفَ في الأَكل، فبَقِي على حَقيقته.

وقِيل: إن كَثُرت الدَّراهِمُ فعلى البُرِّ، وإن قَلَّت فعلى الخُبز، وإن كانت بينَ الأمرَين فعلى الدَّقيق.

وإذا لم يَدفَع إليه شيئًا، وقال: (اشتَرِ لي حِنطةً): لم يَجُز[1] على الآمِرِ؛ لأنه لم يُبيِّن له الْمِقدارَ، وجَهالةُ القَدْرِ في الْمَكيلات والْمَوزوناتِ كجَهالة الجِنسِ، من حيث إن الوَكيلَ لا يَقدِرُ على تَحصيل مَقصودِ الآمِرِ بما سَمّى له.

وله ردُّه بعَيبٍ، فإن سَلَّمه إلى الآمِرِ: لا يَرُدُّه إلا بأَمره.

وإن اشتَرى الوَكيلُ، ثم اطَّلَع على عَيبٍ: فله ردُّه بالعَيب بلا أَمر[2] الآمِرِ ما دام الْمَبيعُ في يَده؛ لأن الرَّدَّ بالعَيب من حُقوق العقدِ، وهي إليه.

فإن سَلَّمه إلى الآمِرِ لا يَرُدُّه إلا بأَمره؛ لانتِهاء حُكمِ الوَكالةِ بالتَّسليم إليه، ولأنه لا يَتمكَّنُ من ردِّه إلا بإبطال يدٍ حَقيقيّةٍ فيه للآمِرِ، ولا سَبيلَ إلى إبطال يدِه إلا برِضاه، ولهذا كان الوَكيلُ خصمًا لمن يَدَّعي في الْمَبيع -كالشَّفيع ونحوِه- قبلَ التَّسليمِ إلى

(١) في (أ): لا يحر، وفي (د): لم يحير، وفي (ج) غير منقوطة. والمثبت كما في «المبسوط» ١٩/ ٤١، والمعنى: لا يجوز الشراء. وانظر أيضًا «الأصل» ١١/ ٢٦٠.

(٢) في (هـ): إبراء.

الْمُوكِّل لا بعدَ التَّسليمِ إليه.

ويَصِحُّ التَّوكيلُ بعَقد الصَّرفِ والسَّلَمِ؛ لأنه يَملِكُ مُباشَرتَه بنَفسه، فمَلَكَ تَفويضَه إلى غَيره؛ لِما مَرّ.

والْمُرادُ[1]: التَّوكيلُ بالإسلام في شيءٍ دونَ قَبولِ السَّلَمِ، فإن ذا لا يَجوزُ؛ لأن هذا الوَكيلَ[2] يَبيعُ طَعامًا[3] في ذِمّة نفسِه على أن يَكونَ ثَمَنُه للغَير، وهذا لا يَجوزُ.

وتُعتبَرُ مُفارَقتُه في الصَّرف والسَّلَمِ دونَ الْمُوكِّلِ.

وتُعتبَرُ مُفارَقةُ الوَكيلِ في الصَّرف والسَّلَمِ دونَ الْمُوكِّلِ؛ لأن الْمُستحَقَّ قبضُ العاقِدِ، والعاقِدُ هو الوَكيلُ، وإن كان لا تَتعلَّقُ به الحُقوقُ، كالصَّبيِّ أو العبدِ الْمَحجورِ؛ لأن قبْضَه وتَسليمَه صَحيحٌ.

وإن لم تَتوجَّه عليه الْمُطالَبةُ ففي حُكم[4] صِحّةِ التَّقابُضِ هو كوَكيلٍ تَعلَّق به حُقوقُ[5] العقدِ، حتى لو فارَق الوَكيلُ صاحِبَه قبلَ القبضِ بَطَل العقدُ؛ للافتِراق لا عن قبضٍ، وإن فارَق الْمُوكِّلُ لا يَبطُلُ؛ لأنه ليس بعاقِدٍ.

بخِلاف الرَّسولَين[6] في الصَّرف والسَّلَمِ؛ لأن الرِّسالةَ حَصَلت في العَقد لا في القَبض، وكَلامُ الرَّسولِ يَنتقِلُ إلى الْمُرسِل، فصار قبضُ الرَّسولُ قبضَ غيرِ العاقِدِ، فلا

---

(١) في (هـ): والمراد هنا.

(٢) في (أ) و(هـ): التوكيل. وانظر «الهداية» ٣/ ١٤٠.

(٣) في (هـ): ببيع طعام، وتحتمل في (ج) كذلك.

(٤) في (ج): حق.

(٥) في (هـ): حكم حقوق.

(٦) في (د): الرسول.

يَصِحُّ[1].

والرُّجوعُ بثَمَنٍ دَفَعه على الْمُوكِّل.

وإذا دَفَع الوَكيلُ بالشِّراء الثَّمَنَ من ماله، وقَبَض الْمَبيعَ: فله أن يَرجِعَ به على الْمُوكِّل؛ لأن الْمُبادَلةَ الحُكميّةَ حَصَلت بينَ الوَكيلِ والْمُوكِّلِ، وصار الوَكيلُ كالبائِع، والْمُوكِّلُ كالْمُشتَري منه، حتى لو اختَلَفا في الثَّمَن يَتحالَفان، ويَرُدُّ الْمُوكِّلُ بالعَيب على الوَكيل، وقد سَلِم الْمَبيعُ للمُوكِّل من جِهة الوَكيلِ، فيَرجِعُ عليه بالثَّمَن.

ولأن الحُقوقَ لَمّا كانت تَرجِعُ إلى الوَكيل، وقد عَلِمه الْمُوكِّلُ[2].. فكان[3] راضِيًا بدَفعه من ماله، فكأنه أمَره به، فيَرجِعُ به عليه.

وحبسُ الْمَبيعِ، فلو هَلَك في يَده بعدَ حبسِه ضَمِن، كالْمَبيع(س ز)، وقبْلَه: تَقرَّر الثَّمَنُ على الْمُوكِّل.

وله حبسُ الْمَبيعِ حتى يَستوفيَ الثَّمَنَ، سَواءٌ نَقَض الوَكيلُ أو لم يَنقُض.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ليس له حقُّ المنعِ[4]؛ لأن يَدَه كيَد الْمُوكِّلِ حُكمًا، ولو سَلَّمه إليه لا يَكونُ[5] له حقُّ الحبسِ بالثَّمَن، كذا هنا.

ولنا: أن الوَكيلَ كالبائِع، والْمُوكِّلَ كالْمُشتَري، فكان له حقُّ الحبسِ، كالبائِع، ولا يَسقُطُ هذا الحقُّ بمُجرَّد الوُقوعِ في يَده؛ لأنه لا يُمكِنُ التَّحرُّزُ عنه..

---

(١) في (ج): فلا يقع.

(٢) في (د): الوكيل.

(٣) في (هـ): فصار.

(٤) في (د): حق حبس المبيع.

(٥) قوله: (لا يكون) غير مثبت في (هـ).

فلو هَلَكَ في يَده بعدَ حبسِه: ضُمِن ضَمانَ الْمَبيعِ عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، أي يَكونُ مَضمونًا بالثَّمَن، قَلَّت قِيمتُه أو كَثُرت؛ لأنه مع الْمُوكِّلِ كالبائِع مع الْمُشتَري، فيَسقُطُ كلُّ الثَّمَنِ بهَلاكه.

وضَمانَ[1] الغصبِ عندَ زفرَ رَحِمَهُٱللَّهُ؛ لأنه صار غاصِبًا بحَبس ما ليس له حبسُه.

وضَمانَ الرَّهنِ عندَ أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ، حتى لو كان فيه وَفاءٌ بالثَّمَن يَسقُطُ، وإلا رَجَع بالفَضل على الْمُوكِّل؛ لأنه مَضمونٌ بالحَبس للاستِيفاء، كالرَّهن، بخِلاف الْمَبيعِ؛ لأن البيعَ يَنفسِخُ بهَلاك الْمَبيعِ، ولا يَنفسِخُ أصلُ العقدِ هنا، بل يَبقى بينَ الوَكيلِ وبائعِه، فلا يَكونُ نَظيرَ البيعِ[2].

قُلنا: يَنفسِخُ البيعُ فيما بينَ الوَكيلِ والْمُوكِّلِ، كما لو رَدَّه الْمُوكِّلُ بعَيبٍ، ورَضِي الوَكيلُ به.

وإن هَلَك الْمَبيعُ في يَده قبلَ حبسِه تَقرَّر الثَّمَنُ على الْمُوكِّل؛ لأن الوَكيلَ في القَبض عامِلٌ للآمِر[3]، فيَصيرُ الآمِرُ بقَبض الوَكيلِ قابِضًا حُكمًا ما لم يُمنَع منه، فإذا هَلَك هَلَك من مال الآمِرِ، وللوَكيل أن يَرجِعَ عليه بالثَّمَن.

بخِلاف إذا مَنَعه منه؛ لأنه صار مُستردًّا[4]، ولأنه بالْمَنع تَبيَّن أنه كان في القَبض عامِلًا لنَفسه لا للآمِر.

---

(١) أي وضمن ضمان الغصب..

(٢) في (أ): نظير للبيع، وفي (ب): نظيرًا للبيع، وفي (ج): نظيرا البيع.

(٣) في (ج): عاملاً للآمر، وقد علمه الموكل، فكان راضيًا بدفعه من ماله، فكأنه أمره به فرجع به عليه، ولو حبس المبيع حتى يستوفي الثمن فيصير الأمر بقبض... إلخ.

(٤) في (ب): مسبوقًا.

وبِشراءِ مَنٍّ لحمٍ بدِرهَمٍ[1]، فاشتَرى مَنَوين بدِرهَمٍ مما يُباعُ مَنٌّ بدِرهَمٍ: لَزِم الْمُوكِّلَ مَنٌّ لحمٍ (س م) بنصف دِرهَمٍ.

ولو وَكَّله بشِراء عشَرةِ أرطالِ لحمٍ بدِرهَمٍ، فاشتَرى عِشرين رِطلًا بدِرهَمٍ من لحمٍ يُباعُ منه عشَرةُ أرطالٍ بدِرهَمٍ: لَزِم الْمُوكِّلَ منه عشَرةٌ بنِصف دِرهَمٍ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، وعندَهما: يَلزَمُه العِشرون.

وقولُ محمدٍ مع أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ في بَعض النُّسَخ.

لأبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه خالَفه إلى خيرٍ، فصار كما لو وَكَّله ببَيع عبدِه بألفٍ، فباعه بألفَين، بخِلاف ما لو اشتَرى ما يُساوِي عِشرين رِطلًا بدِرهَمٍ؛ حيث يَصيرُ مُشتَريًا لنَفسه بالإجماع؛ لأنه خالَفه إلى شرٍّ؛ إذ الأمرُ يَتناوَلُ السَّمينَ، وقد اشتَرى الْمَهزولَ.

ولهما: أن الْمَقصودَ هو الْمَبيعُ لا الثَّمَنُ، وقد وَكَّله بشِراء عشَرةِ أرطالٍ، ولم يَأمُره بشِراء الزِّيادةِ، فلم تَنفُذ عليه الزِّيادةُ، بل تَنفُذُ على الوَكيل، بخِلاف تلك الْمَسألةِ؛ لأنه وافَقه فيما هو الأصلُ؛ لأنه وَكَّله ببَيع هذا العبدِ، وقد باع هذا العبدَ، فيَنفُذُ عليه، والثَّمَنُ تابعٌ، فلا تَضُرُّ الْمُخالَفةُ فيه.

وبِشراء شيءٍ بعينه: لم يَشترِه لنَفسه، ولو بغَير عَينِه: فهو للوَكيل، إلا أن يَنوِيَ للمُوكِّل، أو يَشتريَ بماله، أو يَنقُدَ منه.

ولو وَكَّله بشِراء شيءٍ بعَينه ليس له أن يَشتريَه لنَفسه، ولو اشتَرى لنَفسه فهو للآمِر؛ لأنه بقَبول الوَكالةِ التَزَم أن ما يُؤخَذُ من شِرائه لهذا العَينِ فهو للمُوكِّل[2]، وهو اعتَمَد عليه، فلو وَقَع لنَفسه لأفضى إلى تَغرير الآمِر، ولأنه قَصَد عزلَ نفسِه فيما يُوافِقُ أمرَ

(١) في (م): بنصف درهم.

(٢) في (ج): للآمر.

الآمِرِ، وعزلُه يَكونُ بالخِلاف لا بالوِفاق، فلا يَعمَلُ قصدُه.

فلو كان الثَّمَنُ مُسمًّى، فاشتَرى بخِلاف جِنسِه، أو لم يكن مُسمًّى، **فاشتَرى بغَير النُّقودِ**، أو وَكَّل وَكيلًا بشِرائه، فاشتَرى الثَّانِي وهو غائِبٌ: ثَبَت[1] **الْمِلكُ للوَكيل[2] الأوَّلِ في هذه الوُجوهِ**؛ لأنه خالَفَ أمرَ آمِرِه، فنَفَذ عليه.

ولو اشتَرى الوَكيلُ الثَّانِي بحَضرة الوَكيلِ الأوَّلِ نَفَذ على الْمُوكِّل الأوَّلِ؛ لأنه إنما رَضِي برَأيِ وَكيلِه بالشِّراء، وقد حَضَره رأيُه، فلم يكن مُخالِفًا.

ولو وَكَّله بشِراء عبدٍ بغَير عَينِه، فاشتَرى عبدًا: فهو للوَكيل، إلا أن يَقولَ: (نَوَيتُ الشِّراءَ للمُوكِّل)، أو يَشترِيَه بمال الْمُوكِّلِ، أو يَنقُدَ[3] من ماله.

فهذه الْمَسألةُ على وُجوهٍ:

إن أَضاف العقدَ إلى دَراهِم الآمِرِ: كان للآمِر، وهو الْمُرادُ بقَوله: (أو يَشترِيَه بمال الْمُوكِّلِ[4])، والدَّراهِمُ وإن لم تَتعيَّن، ولكن الظَّاهرُ أن الْمُسلِمَ لا يُضيفُ شِراءَ الشَّيءِ لنَفسه إلى دَراهِم الغَيرِ؛ لأنه مُستنكَرٌ شرعًا وعُرفًا.

وإن أَضافه إلى دَراهِم نفسِه: فهو لنَفسه؛ جَرْيًا على العادة.

وإن أَضافه إلى دَراهِمَ مُطلقَةٍ.. فإن نَواها للآمِر: فهو للآمِر، وإن نَواها لنَفسه: فهو لنَفسه، وإن تَكاذَبا في النِّيَّة[5]: يُحكِّمُ النَّقدُ إجماعًا.

---

(١) في (أ): فثبت، وفي (ج): يثبت.

(٢) في (ج): للموكل.

(٣) في (هـ): أو ينفذه.

(٤) في (ب) زيادة: أو ينقد ماله.

(٥) في (ب) و(ج): البينة.

وإن تَوافَقا على أنه لم تَحضُره نِيّةٌ.. فعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُحكِّمُ النَّقدُ، كما إذا تَكاذَبا، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: هو للوَكيل؛ لأن الأصلَ أن يَكونَ الإنسانُ عامِلًا لنَفسه.

والتَّوكيلُ بالإسلام في الطَّعام على هذه الوُجوهِ.

وإن قال: (اشتَريتُ للآمِر)، وقال: (لنَفسك): فالقولُ للآمِر، وإن دَفَع إليه الثَّمَنَ: فللمَأمور.

وإن أمَر رَجُلًا بشِراء عبدٍ بألفٍ، فقال المَأمورُ: (اشتَريتُ لك عبدًا)، وقال الآمِرُ: (لنَفسك): فالقولُ للآمِر، وإن دَفَع إليه الثَّمَنَ: فللمَأمور.

وهذه المَسألةُ على ثَمانِية أوجُهٍ:

لأنه إما أن يَكونَ مَأمورًا بشِراء عبدٍ بعَينه، أو بغَير عَينِه، وكلُّ وجهٍ على وَجهَين:

إما أن يَكونَ الثَّمَنُ مَنقودًا، أوْ لا، وكلُّ وجهٍ على وَجهَين:

إما أن يَكونَ العبدُ حيًّا حينَ أخبَر الوَكيلُ بالشِّراء، أو ميتًا.

فإن كان مَأمورًا بشِراء عبدٍ بعَينه.. فإن أخبَر عن شِرائه والعبدُ قائِمٌ حيٌّ: فالقولُ للمَأمور إجماعًا، مَنقودًا كان الثَّمَنُ أو غيرَ مَنقودٍ؛ لأنه أخبَر عن أمرٍ يَملِكُ استِئنافَه، والمُخبَرُ به في التَّحقيق والثُّبوتِ يَستَغني عن الإشهاد، فيُصدَّقُ، كقَوله لِمُطلَّقته: (راجَعتُكِ)، وهي في العِدّة، وكَذَّبَته.. فإن القولَ له.

وبهذا[1] وَقَع التَّفَصّي[2] عن الوليِّ إذا أقَرَّ على وَليّته بالنِّكاح، حيث لا يَثبُتُ النِّكاحُ

---

(١) في (أ) و(هـ): ولهذا.

(٢) في (هـ): التقضي.

فَصَيت الشيء عن الشيء فَصْيًا -من باب رمى-: أزلته، وتفصى الإنسان من الشدة: تخلص، وتفصى من دينه: خرج منه، وما كاد يتفصى من خصمه: أي يتخلص، والاسم الفَصْية وِزان رَمْيَة، =

عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ.

وإن كان العبدُ ميّتًا حينَ أخبَر، فقال: (هَلَك عندي بعدَ الشراءِ)، وأنكَره الْمُوكِّلُ..

فإن كان الثَّمنُ غيرَ مَنقودٍ: فالقولُ للآمِرِ؛ لأنه أخبَر عما لا يَملِكُ استِئنافَه، وغرَضُه الرُّجوعُ بالثَّمَن، والآمِرُ مُنكِرٌ.

وإن كان الثَّمنُ مَنقودًا: فالقولُ للمَأمور مع يَمينِه؛ لأن الثَّمنَ كان أمانةً في يَدِه، وقد ادَّعى الخُروجَ عن عُهدة الأمانةِ من الوَجه الذي أُمِر به، فكان القولُ له.

وإن كان العبدُ بغَيرِ عَينِه.. فإن كان حيًّا، فقال الْمَأمور: (اشتَريتُه لك)، وقال الآمِرُ: (لا، بل هو عبدُك)..

فإن كان الثَّمنُ مَنقودًا: فالقولُ للمَأمور؛ لأنه يُخبِرُ عما يَملِكُ استِئنافَه.

وإن لم يكن مَنقودًا: فالقولُ للآمِرِ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، وعندَهما: القولُ للمَأمورِ؛ لأنه أخبَر عما يَملِكُ استِئنافَه، فصَحّ، كما في الْمُعيَّن.

وله: أن الوَكالةَ لا تَتناوَلُ مَوضِعَ التُّهمةِ، وهذا مَوضِعُ التُّهمةِ، فلا يُقبَلُ قولُه؛ وهذا لأنه أُمِر بشِراء عبدٍ بغَيرِ عَينِه، والْمَأمورُ بشِراء عبدٍ بغَيرِ عَينِه كما يَملِكُ الشِّراءَ للآمِرِ يَملِكُ الشِّراءَ لنَفسِه، فلعله اشتَراه لنَفسِه، فلما لم يُعجِبه أحال بالشِّراء على الْمُوكِّل، وفي هذا إيجابُ الثَّمَنِ على الْمُوكِّل بإخبارِه الْمُحتمِلِ، فلا يَملِكُ ذلك.

بخِلافِ ما إذا كان العبدُ مُعيَّنًا[1]؛ لأنه لا يَملِكُ على الْمُوكِّل[2] الشِّراءَ لنَفسِه بمِثل

= وهو أشد تغصيًا: أي تفلتًا، وتفصى: استقصى، وانفصى من الشيء: خرج منه. «المصباح» ٢/ ٤٧٥.

(١) كذا في (ب)، وفي (ج): معينًا، وفي (هـ): معيا، وفي (أ) و(د) غير منقوطة.

(٢) قوله: (على الموكل) مثبت من (هـ).

ذلك الثَّمنِ في حال غَيبتِه، بخِلاف حالِ حَضرتِه، وبخِلاف ما لو كان الثَّمَنُ مَنقودًا؛ لأنّا إنما صَدَّقناه باعتِبار الثَّمَنِ؛ لأنه يَدَّعي الخُروجَ عن الأَمانة، فيَتبَعُه حُكمُ الْمَبيعِ[1]، ولا ثَمَنَ في يَده هنا.

وإن كان العبدُ ميتًا[2].. فإن لم يكن الثَّمَنُ مَنقودًا: فالقولُ للآمِرِ؛ لأنه أخبَر عما لا يَملِكُ[3] استِئنافَه، وغرَضُه الرُّجوعُ بالثَّمَن، والآمِرُ مُنكِرٌ.

وإن كان الثَّمَنُ مَنقودًا: فالقولُ للمَأمورِ؛ لأنه أمينٌ ادَّعى الخُروجَ عن عُهدة الأمانةِ، فيَكونُ القولُ قولَه.

وإن أنكَر الآمِرُ بعدَ[4] قولِه: (بِعْني لفُلانٍ)، وباع: أخَذه فُلانٌ، إلا أن يَقولَ: (لم آمُره به)، إلا أن يُسلِّمَه إليه.

ومن قال لآخرَ: (بِعني هذا العبدَ لفُلانٍ)، فباعه، ثم أنكَر الْمُشتَري أن يَكونَ فُلانٌ أمَره، فجاء فُلانٌ وقال: (أنا أمَرتُه): فإن فُلانًا يَأخُذُه؛ لأن قولَه: (بِعني لفُلانٍ) إقرارٌ منه بالوَكالة، فإذا أنكَر الأمرَ بعدَه صار مُناقِضًا، والْمُناقِضُ لا قولَ له، فيَكونُ للمُوكِّل.

فإن قال فُلانٌ: (لم آمُره به[5]) لم يكن له أن يَأخُذَه[6]؛ لأن إقرارَ الْمُشتَري ارتَدَّ بردِّه، إلا أن يُسلِّمَه إليه، فإن سَلَّمه إليه وأخَذه الذي اشتَرى له: صار بيعًا للذي أخَذه من الْمُشتَري، وتَكونُ العُهدةُ على الْمُشتَري؛ لأن الْمُشترىٰ له لَمّا جَحَد الأمرَ أوَّلَ مرةٍ بَطَل

(١) في (ب) و(ج): البيع.

(٢) في (هـ) زيادة هنا: (وهي مسألة الكتاب). وهذه الزيادة شطبت في (أ).

(٣) في (ب) و(ج): عما يملك.

(٤) في (ن): تعين.

(٥) في (أ): لمن آمر به، وفي (ب): آمر به.

(٦) في (ج): لم يكن له إلا أن يأخذه.

إقرارُ الْمُقِرِّ، ولَزِم الشِّراءُ للمُشتَري، فإذا سَلَّمه وأخَذه صار بيعًا بالتَّعاطِي، كمن اشتَرى شيئًا لغَيره بغَير أمرِه، حتى لَزِم الْمُشترِيَ، فإن طَلَبه الْمُشتَري له، فسَلَّمه الْمُشتَري إليه وأخَذه: كان بيعًا بالتَّعاطِي.

وثَبَت بهذا أن بيعَ التَّعاطِي كما يَكونُ بأخذٍ وإعطاءٍ يَنعقِدُ بالتَّسليم على جِهة البيعِ والتَّمليكِ، وإن كان أخذًا بلا إعطاء الثَّمَنِ؛ لعادة[1] النّاسِ، وأن النَّفيسَ والخَسيسَ من الأَموال فيه سَواءٌ؛ لوُجود التَّراضِي، وهو الأصلُ في الباب، ولأن العادةَ تَجمَعُ الكلَّ.

وبشِراء عَبدَين عَينَين، ولم يُسَمِّ ثَمنًا، فاشتَرى أحَدَهما: صحّ، وبشِرائهما بألفٍ، وهما سَواءٌ، فاشتَرى أحَدَهما بنِصفه أو أقَلَّ: صحّ، وبأكثَرَ لا، إلا أن يَشترِيَ آخَرَ بباقِيه(س م) قبلَ الخُصومةِ.

وإن وَكّله بشِراء عَبدَين عينَين، ولم يُسَمِّ ثمنًا، فاشتَرى أحَدَهما: صَحّ؛ لأن التَّوكيلَ مُطلَقٌ، فيَجري على إطلاقه، وقد لا يَتَّفِقُ الجمعُ بينَهما في الشِّراء، فوَجَب أن يَنفُذَ على الْمُوكِّل إذا اشتَرى بقِيمته أو بنُقصانٍ يَتغابَنُ النّاسُ فيه، وهذا بلا خِلافٍ.

وإن وَكّله بأن يَشترِيَهما بألفٍ، وقِيمتُهما سَواءٌ، فاشتَرى أحَدَهما بخَمسِمِائةٍ أو أقَلَّ: صَحّ؛ لأن مُطلَقَ مُقابَلةِ الألفِ بالعَبدَين وقِيمتُهما سَواءٌ: دَلالةٌ على أنه يَنقسِمُ بينَهما نِصفَين، فصار كأنه أمِر بشِراء كلِّ واحِدٍ بخَمسِمِائةٍ.

فإن اشتَراه بخَمسِمِائةٍ فقد وافَق، وإن اشتَراه بأقَلَّ منها فقد خالَف إلى خيرٍ، وإن اشتَراه بأكثَرَ منها فقد خالَف إلى شرٍّ، فلا يَلزَمُ الآمِرَ، قَلَّت الزِّيادةُ أو كَثُرت، إلا أن يَشترِيَ الآخَرَ بباقِي الثَّمَنِ قبلَ أن يَختصِما؛ لأن غَرَضه تَحصيلُ العَبدَين بألفٍ، وقد حَصَل.

(١) في (هـ): كعادة.

فإن قِيل: الخِلافُ قد تَحقَّق، والشِّراءُ لا يَتوقَّفُ، فكيف يَكونُ كلُّه للمُوكِّل؟!

قُلنا: العمَلُ بالصَّريح أقوى من العَمَل بالدَّلالة، والْمُوكِّلُ صَرَّح باكتِساب العَبدَين بألفٍ، وإنما عَمِلنا بالدَّلالة إذا لم يُعارِضها الصَّريحُ، فإذا جاء الصَّريحُ بَطَل العمَلُ بها.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: إن اشتَرى أحَدَهما بأكثَرَ من خَمسِمائةٍ بما يَتغابَنُ النّاسُ فيه، وقد بَقِي من الألف ما يُشترى بمِثله العبدُ الباقِي: فهو جائزٌ؛ لأن التَّوكيلَ حَصَل مُطلَقًا بلا تَقييدٍ بالخَمسِمائة، والْمُطلَقُ يُحمَلُ على الْمُتعارَفُ، وهو تَحصيلُهما[1] بشَرط أن لا يُلحِقَ به غَبنًا فاحِشًا، وذا فيما قُلنا، ولكن لا بُدَّ أن يَبقى من الألف ما يُشترى بمِثله الباقِي ليَحصُلَ غرَضُ الآمِرِ.

وبشِراء هذا بدَينٍ له عليه: صحّ، ولو غيرَ عَينٍ: لا(س م)، فإن قَبَضه الآمِرُ فهو له.

ومَن له على آخرَ ألفٌ، فأمَره أن يَشتريَ هذا العبدَ بدَينٍ له عليه، فاشتَراه: صَحّ، وإن أمَره أن يَشتريَ به عبدًا بغَير عَينِه، فاشتَرى عبدًا: فهو للمَأمور، حتى لو مات العبدُ عندَ الْمَأمورِ: مات من مال الْمَأمورِ، والألفُ عليه، فإن قَبَضه الآمِرُ فهو له، وهذا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ.

وقالا: هو لازِمٌ للآمِرِ في الوَجهَين.

وكذا(س م) الأمرُ بالسَّلَم والصَّرفِ به.

وكذا إذا قال: (أسلِم ما لي عليك إلى فُلانٍ في كذا) صَحّ، وإذا قال: (إلى من شِئتَ) فعلى الخِلاف، وكذا إذا أمَره أن يَصرِفَ ما عليه.

وأصلُه: أن التَّوكيلَ بالشِّراء إذا أُضِيفَ إلى دَينٍ على الوَكيل لا يَصِحُّ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ، إذا لم يكن البائِعُ أو الْمَبيعُ مُتعيَّنًا، وعندَهما: يَصِحُّ وإن لم يكن البائِعُ

(١) في (ب) و(هـ): تحصيلها.

أو الْمَبيعُ مُتعيِّنًا.

لهما: أن الدَّراهِمَ والدَّنانيرَ لا يَتعيَّنان في الْمُعاوَضات، عَينًا كانت أو دَينًا، ولهذا لو اشتَرى شيئًا بدَراهِمَ على الْمُشتَري، ثم تَصادَقا أن الدَّينَ لم يكن: لم يَبطُل الشِّراءُ، ووَجَب مِثلُ الدَّينِ، وإذا لم يَتعيَّن صار التَّقييدُ به والإطلاقُ سَواءً.

ولو وَكَّله بأن يَشتريَ عبدًا بألفٍ، ولم يُعيِّن الألفَ، بل أطلَقه: صَحَّ التَّوكيلُ، ولَزِم الآمِرَ، وإن لم يكن البائِعُ أو الْمَبيعُ مُتعيِّنًا، كذا هنا.

وله: أن هذا التَّوكيلَ صادَف الباطِلَ، والتَّوكيلُ بالباطِلِ باطِلٌ؛ وهذا لأن التَّوكيلَ حَصَل بتَمليك الدَّينِ من غَير من عليه الدَّينُ، وهو لا يَملِكُ تَمليكَ الدَّينِ من غير مَن عليه الدَّينُ بنَفسه من غَير أن يُوكِّلَه بقَبضه، فلا يَملِكُ الأمرَ[1] به أيضًا، ولهذا لا يَصِحُّ أن يَشتريَ شيئًا بدَينٍ على غَير الْمُشتَري.

والنُّقودُ تَتعيَّنُ في الوَكالات، حتى لو قَيَّد الوَكالةَ بالدَّين منها أو بالعَين، ثم أسقَط الدَّينَ أو هَلَك العَينُ عندَ الوَكيلِ: بَطَلت الوَكالةُ.

وفي الصَّرف: يَكونُ أمرًا بصَرف ما لا يَملِكُه إلا بالقَبض قبلَه؛ إذ الدَّينُ لا يُملَكُ إلا بالقَبض، فصار أمرًا بتَمليك ما لا يُملَكُ، وهو باطِلٌ، كما لو قال: (أعطِ ما لي عليك من الدَّين مَن شِئتَ)، والجامِعُ: أن كُلًّا منهما تَمليكُ ما هو غيرُ مَملوكٍ.

بخِلاف ما لو عَيَّن البائِعَ؛ لأن البائِعَ يَنتصِبُ وَكيلًا عن الآمِر بقَبض الدَّينِ؛ لأنه مَعلومٌ، فيَصيرُ البائِعُ قابِضًا لربِّ الدَّينِ أوَّلًا، ثم يَصيرُ قابِضًا لنَفسه، كما لو وَهَب دَينَه على غَيره، ووَكَّل الْمَوهوبَ له بقَبضه.

وكذا إذا كان الْمَبيعُ مُتعيِّنًا؛ لأن في تَعيين الْمَبيعِ تَعيينَ البائِعِ، فصار كما لو عَيَّن

(١) في (ب) و(ج): الأخذ.

البائعَ، ومتى أُبهِم الْمَبيعُ أو البائعُ يَكونُ البائعُ[1] مَجهولًا، والْمَجهولُ لا يَصلُحُ وَكيلًا.

وهذا بخِلاف ما لو قال لغَيره: (أطعِم عني عشَرةَ مَساكينَ)، أو قال: (أدِّ زَكاةَ مالي)؛ فإنه يَجوزُ، والفَقيرُ يَنتصِبُ وَكيلًا وإن كان مَجهولًا؛ لأنه جَعَل المالَ لله تعالى، ونَصَب[2] الفَقيرَ وَكيلًا عن الله تَعالى في قَبض حقِّه، وهو مَعلومٌ.

وإذا لم يَصِحَّ التَّوكيلُ: نَفَذ الشِّراءُ على الْمَأمور، فيَهلِكُ من ماله، إلا إذا قَبض الآمِرُ منه، فيَصيرُ بيعًا بالتَّعاطِي.

وبشِراء أمةٍ بألفٍ، دَفَع إليه، فاشتَرى، فقال: (اشتَريتَ بنِصفه)، وقال الْمَأمورُ: (بألفٍ): فالقولُ له، وإن لم يَدفَع: فللآمِر.

ومَن وَكَّل رَجُلًا بشِراء أمةٍ بألفٍ دَفَعه إليه، فاشتَراها، فقال الآمِرُ: (اشتَريتَها بخَمسمِائةٍ)، وقال الْمَأمورُ: (اشتَريتُها بألفٍ): فالقولُ للمَأمور إذا كانت الأمةُ تُساوِي ألفًا؛ لأنه أمينٌ ادَّعى الخُروجَ عن عُهدة الأمانةِ، والآمِرُ يَدَّعي لنَفسه حقَّ الرُّجوعِ على الْمَأمور بخَمسمِائةٍ، والْمَأمورُ يُنكِرُ، والقولُ للمُنكِر.

فإن كانت تُساوِي خَمسمِائةٍ: فالقولُ للآمِر؛ لأنه خالَف؛ إذ الأمْرُ[3] تَناوَل أمةً تُساوِي ألفًا، والْمَأمورُ بشِراء أمةٍ تُساوِي ألفًا لا يَملِكُ شِراءَ أمةٍ تُساوِي خَمسَمِائةٍ، فتَلزَمُ الأمةُ الْمَأمورَ.

وإن لم يَدفَع الألفَ إليه، والْمَسألةُ بحالها: فالقولُ للآمِر، وتَلزَمُ الأمةُ الْمَأمورَ.

أما إذا كانت قِيمةُ الأمةِ خمسَمِائةٍ: فللمُخالَفة، وإن كانت قِيمتُها ألفًا: فمَعناه أنهما

(١) في (ب): المبيع.

(٢) في (هـ): فيصير.

(٣) في (أ): لأنه حال أداء الأمر. وانظر التبيين ٤/ ٢٦٨.

يتحالفان؛ لأنهما اختلفا في مقدار ما يجب للوكيل على المُوكِّل، وهما في معنى البائع والمُشتري، وقد اختلفا في مقدار الثمن، فيجب التحالف، ثم يُفسخ العقدُ الذي جرى بينهما، وتلزمُ الجاريةُ المأمورَ؛ لانتقاض ملكِ الآمرِ.

وبشراء هذا، ولم يُسَمِّ ثمنًا، فقال المأمورُ: (اشتريتُه بألف)، وصدَّقه بائعُه، وقال الآمرُ: (بنصفه): تحالفا.

ولو وكَّله بشراء هذا العبد ولم يُسَمِّ له ثمنًا، فاشتراه، فقال المأمورُ: (اشتريتُه بألف)، وصدَّق البائعُ المأمورَ، وقال الآمرُ[1]: (اشتريتَه بخمسمائة): تحالفا؛ لأنهما اختلفا في مقدار الثمن.

فإن قيل: لِمَ قلتَ: إنهما يتحالفان، وقد نصَّ محمدٌ رحمه الله في «الجامع الصغير» أن القولَ للمأمور مع يمينه؟

قلنا: ذلك يحتمل ما ذكرنا؛ لأن المأمورَ بمنزلة البائع، ويمينُ البائع هي المخصوصةُ بالتحالف، فكان ذلك عبارةً عن التحالف، وهو اختيارُ الشيخ أبي منصور رحمه الله، وقيل: لا تحالُفَ، وهو اختيارُ الفقيه أبي جعفر.

وإنما فرَّقتَ[2] ما سبق حيث أوجب التحالفَ ثَمَّ وردَّ الأمرَ على المأمور، وما أوجب هنا، وألزمه الآمرَ؛ لأن البائعَ هنا حاضرٌ يُصدِّقُ المأمورَ، فصار تصديقُه كتصديقه لبيع، فيقطع الاختلافُ، وثَمَّ غائبٌ فيُعتبرُ الاختلافُ.

قيل: تصديقُ البائع لغوٌ بعد استيفاء الثمن؛ لأنه صار أجنبيًّا بعد مباشرته، وإن لم يستوفه فكذلك في حقِّ المُوكِّل؛ لأنه لم يجرِ بينهما عقدٌ فلا يُعتبرُ تصديقُه، فكذا الأولُ هو الصحيحُ.

---

(١) في (ف): المأمور.

(٢) في (ب): خالفت.

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد[1]

وبشِراء نفسِ الآمرِ من سَيِّده بألفٍ، ودَفَع، فقال لسَيِّده: (اشتَريتُه له)، فباع عليه: عَتَق، ووَلاؤُه لسَيِّده.

وإن أطلَق: فهو للمُشتَري، والألفُ لسَيِّده، وعليه ألفٌ مِثلُه.

ولو وَكَّل عبدٌ رَجُلًا بِشراء نفسِه من سيِّده بألف دِرهَمٍ، ودَفَعه إليه، فقال الرَّجُلُ لسَيِّده: (اشتَريتُه له، فباعه على هذا): عَتَق، ووَلاؤُه لسَيِّده، كأن العبدَ هو الذي اشتَرى بنَفسه، وإن أطلَق ولم يُبيِّن ذلك لسَيِّده: فالعبدُ للمُشتَري، والألفُ لسَيِّده؛ لأنه كسبُ عبدِه، وعلى الْمُشتَري ألفٌ مِثلُه ثَمنًا للعَبد.

وأصلُه: أنَّ بيعَ نفسِ العبدِ من العَبد إعتاقٌ، وشِراءَ العبدِ نفسَه قَبولُ الإعتاقِ ببدَلٍ؛ وهذا لأنه تَعذَّر اعتِبارُه بيعًا حَقيقةً؛ لأن البيعَ يُوجِبُ الْمِلكَ للمُشتَري، والعبدُ ليس من أهله، فجُعِل مَجازًا عن الإعتاق؛ لوُجود إزالةِ الْمِلكِ فيهما، فإذا اشتَراه للعَبد[2] صار البائعُ[3] مُعتِقًا، ويَلزَمُه الوَلاءُ.

وإذا أطلَق الوَكيلُ: يَقَعُ العقدُ للوَكيل؛ عملًا بحَقيقته؛ إذ مُطلَقُ الشِّراءِ للمُعاوَضة، بخِلاف ما لو وَكَّله غيرُ العبدِ أن يَشتريَه له؛ فإنه يَصيرُ مُشتريًا للآمِر، سَواءٌ أعلَم الوَكيلُ البائعَ أنه اشتَراه لغَيره أو لم يُعلِم، وهنا ما لم يَعلَم أنه يَشتَري للعَبد لا يَصيرُ مُشتريًا

---

(١) هذا العنوان مثبت من حاشية (د)، وهو موافق كذلك لما في «الهداية» ٣/ ١٤٤.

(٢) في (ب): العبد.

(٣) في (ب): المالك.

للعَبد؛ لأن العَقدَين ثَمَّ على نمَطٍ واحِدٍ؛ لأنه في الحالَين شِراءٌ، وفي الحالَين الْمُطالَبةُ مُتوجِّهةٌ على الوَكيل، فلا يُحتاجُ إلى البَيان.

وهنا أحَدُهما إعتاقٌ مُعقِبٌ للوَلاء، ولا مُطالَبةَ فيه على الوَكيل؛ لأنه سَفيرٌ، فلا تَرجِعُ الحُقوقُ إليه، وربما يَرضى السَّيِّدُ بأحَدهما دونَ الآخَرِ، فلم يُستغنَ عن البَيان.

وبِشِراء نفسِ الْمَأمورِ من سَيِّده، فقال: (بِعنْي نَفسي لفُلانٍ بكذا)، ففعَل: فهو للآمِر، وإن لم يَقُل: (لفُلانٍ): عتَق.

رَجُلٌ قال لعَبد رَجُلٍ: (اشتَرِ لي نفسَك من سيِّدك بألف دِرهَمٍ)، فقال العبدُ لسيِّده: (بِعني نَفسي لفُلانٍ بألفٍ)، ففَعَل: فهو للآمِر، وإن قال العبدُ لسَيِّده: (بِعني نَفسي)، ولم يَقُل: (لفُلانٍ) فهو حُرٌّ.

وأصلُه: أن العبدَ صَلَح وَكيلًا عن غَيره بشِراء نفسِه من مَولاه؛ لأن جَوازَ الشِّراءِ باعتِبار الماليّةِ، والعبدُ أجنَبيٌّ عن نَفسه في حُكم الماليّةِ، وتلك الماليّةُ محَلٌّ للتَّملُّك، فيَصِحُّ التَّوكيلُ، إلا أن البائِعَ إذا أراد أن يَحبِسَ العبدَ حتى يَأخُذَ الثَّمَنَ لم يكن له ذلك؛ لأن العبدَ في يَد نفسِه.

والْمَبيعُ إذا كان في يَد الوَكيلِ بالشِّراء حاضِرًا في مَجلِس الشِّراءِ لا يَكونُ للبائِع حقُّ الحبسِ؛ لأنه بنَفس العقدِ يَصيرُ مُخلِّيًا بينَ الْمَبيعِ والْمُشتَري، فصار قابِضًا له بنَفس الشِّراءِ، فصار كالوَديعة إذا اشتَراها الْمُودَعُ لنَفسه أو لغَيره، والوَديعةُ حاضِرةٌ في مَجلِس البيعِ، فإنه لا يَكونُ لربِّ الوَديعةِ حبسُها بالثَّمَن، كذا هنا.

إذا ثَبَت هذا فنَقولُ: إذا أضاف الشِّراءَ إلى الْمُوكِّل صَلَح فِعلُه[1] امتِثالًا، فوَقَع العقدُ للآمِر، وإذا أضاف الشِّراءَ إلى نَفسه، بأن قال: (بِعني نَفسي مني)، أو أطلَق، بأن

(١) في (ج): قوله.

قال: (بِعني نَفسي)، ولم يَقُل: (لفُلانٍ): عَتَق العبدُ.

أما الأوَّل: فلأن الشِّراءَ حينَئذٍ[1] قَبولُ العَتِقِ؛ لأن بيعَ نفسِ العبدِ من العَبد إعتاقٌ مَعنًى، وإن كان بيعًا لفظًا، فلم يَصلُح للامتِثال؛ لأن الْمُستحَقَّ على الوَكيل الشِّراءُ دونَ قَبولِ العَتِقِ، فاقتَصَر على العَبد لَمّا لم يَقَع عن الْمُستحَقّ.

فإن قِيل: العبدُ هنا وَكيلٌ بشِراء شيءٍ بعَينه، والوَكيلُ بشِراء شيءٍ بعَينه لا يَملِكُ الشِّراءَ لنَفسه.

قُلنا: نعم! ولكنه أَتى بجِنس تَصرُّفٍ آخرَ، وفي مِثله يَنفُذُ على الوَكيل.

وأما الثّانِي: فلأن الْمُطلَقَ يَصلُحُ لهذا ولهذا، فلا يَقَعُ امتِثالًا بالشَّكّ، فبَقِي لنَفسه.

---

(١) في (هـ): دون.

[فصل في بيان أحكام التوكيل بالبيع[1]]

وبالبَيع، والشِّراءِ: لا يَعقِدُ(س م) مع من تُرَدُّ شَهادتُه له، ولا يُرابِحُ ما اشتَرى منهم بلا بَيانٍ(س م).

وإن وَكَّل رَجُلًا بالبَيع والشِّراءِ: لا يَجوزُ له أن يَعقِدَ مع من تُرَدُّ شَهادتُه له عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقالا: يَجوزُ بيعُه منهم بمِثل القِيمةِ، إلا من عَبده أو مُكاتَبِه؛ لأنه ليس للوَكيل فيما يَعقِدُ مع هؤلاء مِلكٌ ولا حقُّ مِلكٍ؛ لتَبايُن الأملاكِ وانقِطاعِ الْمَنافِعِ، فعقدُه معهم كعَقده مع الأجنَبيِّ.

بخِلاف العبدِ والْمُكاتَبِ؛ لأن كسبَ العبدِ لِمَولاه، وله حقُّ الْمِلكِ في كَسب الْمُكاتَبِ، ويَنقلِبُ ذلك حَقيقةً بالعَجز، فتَمكَّنُ التُّهمةُ بالعَقد معهما، فلا يَملِكُ ذلك كما لا يَملِكُ العقدَ مع نفسِه.

وله: أن مَواضِعَ التُّهمةِ مُستثناةٌ عن الوَكالات، ويُتَّهَمُ بالعَقد مع هؤلاء؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهم يَنتفِعُ بمال الآخَرِ عادةً، فصار مالُ كلِّ واحِدٍ كمالِ صاحِبِه من وجهٍ، ولهذا لم تُقبَل الشَّهادةُ فيما بينَهم، والبيعُ إخراجٌ وإدخالٌ من الجانِبَين، وفي البَيع من هؤلاء إخراجٌ إلى نَفسه من وجهٍ، فلا يَجوزُ.

وعلى هذا الخِلافِ: الإجارةُ، والصَّرفُ، والسَّلَمُ، ونحوُها.

---

(1) هذا الفصل موافق لما في «الهداية» ٣/ ١٤٥.

ولو أن رَجُلًا اشترى عَينًا بثَمَنٍ مَعلومٍ من هؤلاء، وأَراد بيعَه مُرابَحةً: لم يَجُز بلا بَيانٍ عندَه، خِلافًا لهما؛ بِناءً على هذا الأصلِ.

وصحَّ بيعُه بما(س م) قلَّ وكثُر، والعَرْضِ(س م)، والنَّسيئةِ(ف).

وصَحَّ بيعُ الوَكيلِ بالبَيع مُطلَقًا: بالقَليل والكَثيرِ والعَرْضِ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقالا: لا يَجوزُ بيعُه بنُقصانٍ لا يَتغابَنُ النّاسُ في مِثله، ولا يَجوزُ إلا بالدَّراهِم أو الدَّنانيرِ، وهو قولُ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن مُطلَقَ الوَكالةِ يَتقيَّدُ بالْمُعتادُ؛ لأن شَرعيّةَ التَّصرُّفاتِ لدَفع الحاجاتِ، فتَتقيَّدُ بمَواقِع الحاجةِ، والبيعُ بغَبنٍ فاحِشٍ وبالعَرْض ليس بمُعتادٍ، فلا يَنصرِفُ التَّوكيلُ إليه، ولهذا يَتقيَّدُ التَّوكيلُ بشِراء الأُضحِيّةِ والفحمِ والجَمْدِ[1] بأيّام النَّحرِ والشّتاءِ والصَّيفِ.

ولأن البيعَ بغَبنٍ فاحِشٍ بيعٌ من وجهٍ هِبةٌ من وجهٍ، حتى لو حَصَل من الْمَريض يُعتبَرُ من الثُّلُث، ولا يَملِكُه الأبُ والوصِيُّ، وهو وَكيلٌ بالبَيع دونَ الهِبةِ، والبيعُ بالعَرْض بيعٌ من وجهٍ شِراءٌ من وجهٍ، وهو وَكيلٌ بالبَيع الْمُطلَقِ، فلا يَدخُلُ تحتَ الأمرِ.

وله: أنه مَأمورٌ ببيعٍ مُطلَقٍ، وقد أَتى ببيعٍ مُطلَقٍ خالٍ عن التُّهمة، فيَصِحُّ؛ وهذا لأن البيعَ مُبادَلةُ المالِ بالمال، وذا مَوجودٌ في البَيع بالعَرْض كما وُجِد في البَيع بالنَّقد، وبأن تَضمَّن هذا البيعُ الشِّراءَ لا يَخرُجُ من أن يَكونَ بيعًا مُطلَقًا، والبيعُ بغَبنٍ فاحِشٍ بيعٌ من كلِّ وجهٍ، فما من جُزءٍ من الْمَبيع إلا ويُقابِلُه جُزءٌ من الثَّمَن، ولهذا يُستحَقُّ الكلُّ بالشُّفعة، ولا شُفعةَ في الهِبة، ولو حَلَف لا يَبيعُ يَحنَثُ به، وكما يُراعى العُرفُ

---

(١) في (د): والجهة.

وماءٌ جَمْدٌ -بالسكون، تسمية بالمصدر-: خلاف الذائب، والجَمَد -بالفتح-: جمع جامد، مثل خادم وخدم. «المصباح» ١/ ١٠٧.

في الوَكالات يُراعى في الأَيمان، ثم جُعِل هذا بيعًا مُطلَقًا في اليَمين[1]، فكذا في الوَكالة والبيعِ بالعَرْض.

وإنما لا يَملِكُه الأبُ والوصِيُّ مع أنه بيعٌ: لفُقدان النَّظَرِ، ووِلايتُهما مُقيَّدةٌ بشَرط النَّظَرِ، والبيعُ بالعَرْض أو بالغَبن الفاحِشِ مُتعارَفٌ أيضًا، فالعُرفُ مُشترَكٌ، فقد يَبيعُ المرءُ الشَّيءَ للتَّبرُّم منه أو للحاجة إلى ثَمَنه، وفي هذا لا يُبالى بقِلّة الثَّمَنِ وكَثرتِه، ونَقديّةِ الثَّمَنِ وعَرْضيّتِه، وقد يَبيعُه للاستِرباح، وعندَ ذلك لا يَبيعُه بالغَبن والعَرْضِ عادةً، فعندَ الإطلاقِ لا يَترجَّحُ أحدُ الْمَقصودَين بلا دَليلٍ، بل يَبقى حُكمُ الإطلاقِ.

والْمَسائلُ مَرويّةٌ عن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ، فأما عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فيُعتبَرُ الإطلاقُ في جَميع ذلك، ولأنه مُطلَقٌ في حقِّ الوقتِ لا عامٌّ، فلم يَتناوَل إلا واحِدًا، وقد صار الْمُتعارَفُ مُرادًا، فلم يَبقَ غيرُه مُرادًا، فأما هذا: فعامٌّ.

وله أن يَبيعَ بالنَّقد والنَّسيئةِ عندَنا، وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَبيعُ إلا بالنَّقد؛ لأنَّ مُطلَقَ التَّوكيلِ بالبَيع مُعتبَرٌ بمُطلَق إيجابِ البيعِ، ومُطلَقُ إيجابِ البيعِ يَنصرِفُ إلى الثَّمَن الحالِّ دونَ النَّسيئةِ، فكذا مُطلَقُ التَّوكيلِ.

ولنا: أنه أمَره ببيعٍ مُطلَقٍ، فالتَّقييدُ بالثَّمَن الحالِّ يُبطِلُ صِفةَ الإطلاقِ، والبيعُ بالنَّسيئة مُعتادٌ بينَ التُّجّارِ، كالبَيع بالنَّقد، ولهذا يَملِكُ الأبُ والوصِيُّ والْمُضارِبُ.

وشِراؤُه بمِثل القِيمةِ، وزِيادةٍ يُتغابَنُ فيها، لا بما لا يُتغابَنُ فيه، وهو: ما لا يَدخُلُ تحتَ التَّقويمِ، وبكَيليٍّ أو وَزنيٍّ دَينًا(ز).

والوَكيلُ بالشّراء يَجوزُ شِراؤُه بمِثل القِيمةِ وزِيادةٍ يَتغابَنُ النّاسُ في مِثلها، ولا يَجوزُ بما لا يَتغابَنُ النّاسُ في مِثله.

---

(١) في (ج) و(د) و(هـ): الثمن.

والفرقُ لأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ بينَ البيعِ والشِّراءِ: أن التُّهمةَ تمكَّنت في الوَكيل بالشِّراء؛ لجَواز أنه اشتَرى لنَفسه، فلما لم يُعجِبه لغَلاء الثَّمَنِ أراد أن يُحوِّلَه على الآمِر، ولا تَتمكَّنُ مِثلُ هذه التُّهمةِ في الوَكيل بالبَيع..

حتى لو كان وَكيلًا بشِراء شيءٍ بعَينه قالُوا: يَنفُذُ على الآمِر؛ لأنه لا يَملِكُ شِراءَه لنَفسه، ولأن أمرَه بالشِّراء يُلاقِي مِلكَ الغيرِ؛ لأنه يُلاقِي مالَ البائِعِ وذِمّةَ الْمَأمورِ، وليس للإنسان وِلايةٌ مُطلَقةٌ في مِلك الغيرِ، فلا يُعتبَرُ إطلاقُ أمرِه فيه؛ لأن العمَلَ به ضَروريٌّ، ولا عُمومَ في الضَّروريّات[1]، فإذا صار الْمُتعارَفُ مُرادًا لم يَبقَ غيرُه مُرادًا، وأمرُه في البَيع يُلاقِي مِلكَ نفسِه، وله في مِلك نفسِه وِلايةٌ مُطلَقةٌ.

ولأنه لو اعتُبِر العُمومُ في الوَكيل[2] بالشِّراء لاشتَرى ذلك الْمَتاعَ بجَميع مِلكِ الْمُوكِّلِ، ونحن نَعلَمُ أنه لم يَقصِد ذلك، فحُمِل على أخصِّ الخُصوصِ، وهو الشِّراءُ بالنَّقد بالغَبن اليَسيرِ، والوَكيلُ بالبَيع لا يَعدو تَصرُّفُه ما أُمِر ببَيعه، فأمكَن اعتِبارُ إطلاقِ الأمرِ فيه.

وما لا يُتغابَنُ فيه: ما لا يَدخُلُ تحتَ تَقويمِ الْمُقوِّمين، وقِيل: في العُروض: (دَهْ نِيم)، وفي الحَيَوان: (دَهْ يَازْدَهْ)، وفي العَقار: (دَهْ دَوَازْدَهْ)[3].

وإنما وَقَع التَّفاوُتُ: لأن التَّصرُّفَ يَكثُرُ وُجودُه في العُروض، ويَقِلُّ في العَقار، وفي الحَيَوان بينَ الأمرَين، وكلما كَثُر التَّصرُّفُ قَلَّ الغَبنُ؛ لكَثرة الْمُمارَسةِ، وكلما قَلَّ

---

(١) في (ج) و(د): الضرورات.

(٢) في (ج): التوكيل. وانظر «المبسوط» ١٩/ ٣٧.

(٣) ده نيم: نصف عشر القيمة، ده يازده: عشر القيمة، ده دوازده: خُمُس القيمة. «كمال الدراية» ٧/ ٥١١.

التَّصرُّفُ كثُر الغَبنُ؛ لقِلّة المُمارَسةِ.

ولو اشتَرى بكَيليٍّ أو وزنيٍّ دَينًا في الذِّمّة: لا يَنفُذُ على المُوكِّل؛ لأن التَّوكيلَ بالشِّراء يَتقيَّدُ بالمُتعارَف، وهو الشِّراءُ بالأثمان المُطلَقةِ، وهي الدَّراهِمُ والدَّنانيرُ.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَجوزُ على المُوكِّل؛ لأنه شِراءٌ من كلِّ وجهٍ؛ لأن المَوصوفَ في الذِّمّة ثَمنٌ، كالنَّقدَين، بخِلاف ما لو كان عَينًا؛ لأنه شِراءٌ من وجهٍ، بيعٌ من وجهٍ.

وبِشراء أمةٍ، فاشتَرى شَلّاءَ[1]، أو عَمياءَ: صحّ(س م).

ولو وَكَّله بِشراء أمةٍ، وسَمّى جِنسَها وثَمنَها، فاشتَرى شَلّاءَ أو عَمياءَ: صَحَّ على الآمِرِ عندَ أبي حنيفةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، خِلافًا لهما، فهما يَعتبِران المُتعارَفَ، وشِراءُ العَمياءِ والشَّلّاءِ غيرُ مُتعارَفٍ.

وله: أن العُرفَ مُشترَكٌ، فقد يَشتَري المرءُ العَمياءَ تَرحُّمًا عليها وطلبًا لرِضا الله تَعالى.

وبِشراء هذا بكذا، فاشتَراه وآخرَ بضِعفه: ضَمِن[2].

ولو وَكَّله بِشراء هذا العبدِ بخَمسِمائةٍ، فاشتَراه وآخرَ بضِعفه: يَكونُ الوَكيلُ مُختارًا ضامِنًا للثَّمن لو دَفَعه من مال الآمِرِ عندَه، خِلافًا لهما.

لهما: أنه لَمّا اشتَراهما بألفٍ وقِيمتُهما سَواءٌ انقَسَم الثَّمنُ على قِيمتِهما نِصفَين، فيَكونُ مُشترِيًا العبدَ المَأمورَ بِشرائه بخَمسِمائةٍ، فيَنفُذُ على المُوكِّل.

---

(١) شَلَّت اليدُ تَشَلُّ شللاً -من باب تعب- ويدغم المصدر أيضًا: إذا فسدت عروقها فبطلت حركتها، ورجل أشل وامرأة شلاء، وفي الدعاء: لا تَشْلَلْ يدُه مثل تعب وقالوا: عين شلاء وهي التي فسدت بنحلب بصرها، ويتعدى بالهمزة فيقال: أشل الله يده. «المصباح» ١/ ٣٢١.

(٢) في (ف): رد.

وله: أن القِيمةَ(١) تُعرَفُ بالحَزْر والظَّنّ، فلم تَثبُت الْمُوافَقةُ بيقينٍ، فلا يَنفُذُ على الْمُوكِّل؛ لوُقوع الشَّكِّ في الامتِثال.

وبالنِّكاح، فزَوَّجه بغَبْنٍ فاحِشٍ: صحّ(س م)، ولو بِنتَه: لا(س م).

ولو وَكَّله بالنِّكاح ولم يُسَمِّ له مهرًا، فزَوَّجه امرَأةً بمهرٍ فيه غَبنٌ فاحِشٌ: جاز عندَه؛ لإطلاق الأمرِ، ولم يَجعَله كالوَكيل بالشِّراء حتى يَتقيدَ بالعُرف، وإن كان في هذا إثباتُ الْمِلكِ للمُوكِّل؛ لأن في الشِّراء يُطلِقُ الشِّراءَ ولا يُضيفُه إلى الْمُوكِّل، فيُتَّهَمُ أنه اشتَراه لنَفسه، فلما لم يُوافِقه أَراد أن يُلزِمَه الآمِرَ، وفي النِّكاح لا بُدَّ من الإضافة إلى الْمُوكِّل في العَقد، فلا تَتمكَّنُ هذه التُّهمةُ.

فإن زَوَّج بِنتَه الكَبيرةَ منه: لم يَجز عندَه، خِلافًا لهما، وهي كعَقد الوَكيلِ مع من تُرَدُّ شَهادتُه له.

ولو عَيَّن حُرَّةً، وزَوَّجها بعدَ سبيِها: صحّ(س م).

ولو أمَره أن يُزوِّجه فُلانةَ، وهي حُرَّةٌ، فارتَدَّت ولَحِقت بدار الحربِ، ثم سُبِيت، فزَوَّجها منه: صَحَّ عندَه، خِلافًا لهما؛ بِناءً على أن الوَكيلَ بالنِّكاح يَملِكُ تَزويجَ الأمَةِ عندَه، خِلافًا لهما.

وببَيع عبدِه، فباع نِصفَه، أو بخِيار شهرٍ، فشَرَط الثَّلاثَ: صحّ(س م).

ولو وَكَّله ببَيع عبدِه، فباع نِصفَه: صَحَّ عندَه، خِلافًا لهما، فهما اعتبَرا العادةَ، وبيعُ الأشقاصِ غيرُ مُعتادٍ(٢)،.........................

---

(١) في (ج): القسمة.

(٢) في (ب): غير متعارف.

لأن ذا يُنقِصُ الثَّمَنَ، ويَبقى الباقِي مُعيَّنًا[1]، إلا أن يَبيعَ ما بَقِي قبلَ أن يَختصِما، فحينَئذٍ زال الضَّرَرُ عنه، وحَصَل مَقصودُه، فيَجوزُ.

وهذا لأن بيعَ النِّصفِ قد يَقَعُ وَسيلةً إلى الامتِثال، بأن لا يَجِدَ من يَشتَريه جُملةً، فيَحتاجَ إلى أن يُفرِّقَ، فإذا باع الباقِيَ قبلَ أن يُنقَضَ البيعُ الأوَّلُ ظَهَر أنه وَقَع وَسيلةً، وإذا لم يَبِع[2] ظَهَر أنه لم يَقَع وَسيلةً، فلم يَجُز.

وهو اعتبَر مُطلَقَ اللَّفظِ، وذا يَتناوَلُ الْمُتفرِّقَ والْمُجتمِعَ؛ ألا تَرى أنه لو باع الكلَّ بالثَّمَن الذي باع به النِّصفَ جاز، فإذا باع النِّصفَ به أَولى أن يَجوزَ؛ لأنه حَصَل له ذلك القَدْرُ من الثَّمَن، وبَقِي بعضُ العبدِ على مِلكه.

ولو قال: (بِعه بخِيار شهرٍ)، فشَرَط الثَّلاثَ: صَحَّ عندَه؛ لأنه أَمَر ببَيعٍ فاسِدٍ، فإذا أَتى بالبَيع الجائزِ جاز.

وعندَهما: البيعُ بالخِيار شهرًا جائزٌ، وقد أَمَره ببَيعٍ لا يُزيلُ مِلكَه إلى شهرٍ إلا برِضاه، فإذا باعه ببَيعٍ يُزيلُ مِلكَه إلى ثَلاثة أيَّامٍ فقد خالَف.

وببَيعه بألفٍ، فباعَه وعبدَه بضِعفه: رَدّ(س م).

ولو وَكَّله ببَيع عبدِه بألفٍ، فباعه وعبدَه بضِعفه، وقِيمتُهما سَواءٌ: رَدَّ عبدَه؛ لأنه صار مُخالِفًا، وعندَهما: يَجوزُ، وقد مَرَّ نَظيرُه.

وبشِراء عبدٍ، فاشتَرى نِصفَه: تَوقَّف حتى يَشتريَ باقِيَه.

ولو وَكَّله بشِراء عبدٍ، فاشتَرى نِصفَه: فالشِّراءُ مَوقوفٌ، وإن كان الشِّراءُ لا يَتوقَّفُ؛

---

(١) في (ج): معيبًا.

(٢) في (ب): يقع، والمثبت من (أ) و(د).

لأنه إنما لا يَتوقَّفُ إذا وَجد نَفاذًا على العاقِد، أما إذا لم يَجِد نَفاذًا: فإنه يَتوقَّفُ[1]، كالعَبد أو الصَّبيِّ الْمَحجورِ إذا اشتَرى شيئًا لغَيره بغَير أمرِه فإنه يَتوقَّفُ على إِجازة الْمُشتَرىٰ له؛ لأنه لم يَجِد نَفاذًا على العاقِد، فكذا هنا شِراءُ النِّصفِ الأوَّلِ لم يَجِد نَفاذًا على الوَكيل؛ لأنه إنما يَنفُذُ عليه إذا كان فيه مُخالِفًا من كلِّ وجهٍ، ولا على الْمُوكِّل؛ لأنه لم يُوافِق أمْرَه من كلِّ وجهٍ، فقُلنا بالتَّوقُّف.

فإن اشتَرى باقِيَه لَزِم الْمُوكِّلَ، وهذا على أَصلهما ظاهِرٌ؛ لأنهما يُسوِّيان بينَ جانِبِ البيعِ والشِّراءِ، وشِراءُ البعضِ قد يَقَعُ وَسيلةً إلى الامتِثال، بأن كان العبدُ بينَ جَماعةٍ، فيَتَّفِقَ شِراءُ حِصّةِ البعضِ، ثم يَتكلَّفَ بشِراء الباقِي، ولا يَتَّفِقَ الشِّراءُ جُملةً، فإذا اشتَرى الباقِيَ قبلَ أن يَرُدَّ الآمِرُ البيعَ ظَهَر أنه وَسيلةٌ، فنَفَذ على الآمِر، وإن قَضى القاضِي بأنه للمَأمور قبلَ ذلك: فلا يُنقَضُ قَضاؤُه.

وفَرَّق أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ بينَ البيعِ والشِّراءِ، فقال: في الشِّراء تَتحقَّقُ التُّهمةُ، فلعله اشتَرى النِّصفَ لنَفسه، فلما عَلِم أن الشِّرْكةَ عَيبٌ أَراد أن يُحوِّلَه على الآمِر.

ولأن العُمومَ ساقِطٌ في جانِب الشِّراءِ، فلم يَثبُت إلا الْمُعتادُ[2]، بخِلاف جانِبِ البيعِ، وقد حَقَّقناه من قبلُ.

ولو وَكَّله بشِراء عبدٍ بعَينه بألفٍ، فاشتَرى نِصفَه بخَمسمِائةٍ، ثم باقِيَه بخَمسمِائةٍ: جاز على الْمُوكِّل إن لم يُخاصِمه إلى أن كَمَّله؛ لِما مَرّ.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَنفُذُ على الْمُوكِّل، بل صار مُشتريًا[3] كلَّه لنَفسه؛ لأنه لا

---

(١) في (هـ): لا يتوقف.

(٢) في (ج): فلم يثبت المعتاد.

(٣) في (أ): مشتركًا.

يُمكِنُ تنفيذُه على الْمُوكِّل ولا توقيفُه على الوَكيل؛ لأن الشِّراءَ لا يَتوقَّفُ.

ولنا: أن شِراءَ النِّصفِ يَحتمِلُ الخِلافَ؛ لجَواز أنه قَصَد شِراءَ النِّصفِ فقط، ويَحتمِلُ الوِفاقَ؛ لجَواز أنه يَكونُ وَسيلةً إلى الكلّ، فتعَيَّن التَّوقُّفُ.

ورَدَّ على الآمِرِ إن رُدَّ عليه بعَيبٍ ببَيِّنةٍ أو نُكولٍ، وكذا بإقرارٍ فيما لا يَحدُثُ.

ومن أمَرَ رَجُلًا ببَيع عبدِه، فباعه من رَجُلٍ وسَلَّمه، وقَبَض الثَّمَن أو لم يَقبِضه حتى وَجَد الْمُشتَري به عَيبًا لا يَحدُثُ مِثلُه، فرَدَّه بقَضاءٍ ببَيِّنةٍ أو بإِباء يَمينٍ، أو بإقرارٍ من الْمَأمور: فللمَأمور أن يَرُدَّه على الآمِر.

وإن كان عَيبًا يَحدُثُ مِثلُه، فرَدَّه ببَيِّنةٍ أو بإِباء يَمينٍ: فكذلك، وإن رَدَّه بإقرارٍ: لم يَرُدَّه على الآمِر.

وأصلُه: أن الوَكيلَ بالبَيع والشِّراءِ هو الخصمُ في العَيب؛ لأنه من حُقوق العقدِ، فإن كان العَيبُ لا يَحدُثُ مِثلُه، كالسِّنِّ الزّائدةِ والإصبَعِ الزّائدةِ، أو لا يَحدُثُ مِثلُه في هذه الْمُدّةِ: رَدَّه القاضِي بغَير بَيِّنةٍ ولا يَمينٍ ولا إقرارٍ؛ لعِلمه يَقينًا بكَونه عندَ البائِع.

ومَعنى شرطِ البَيِّنةِ والنُّكولِ والإقرارِ: أن يَشتبِهَ على القاضِي أن هذا العَيبَ قَديمٌ أم لا، أو عَلِم أنه لا يَحدُثُ مِثلُه في مُدّة شهرٍ مثلًا، ولكن لا يَعرِفُ تَاريخَ البيعِ، فاحتَاج إلى هذه الحُجَجِ ليَظهَرَ التّاريخُ، أو كان عَيبًا لا يَعرِفُه إلا النِّساءُ أو الأطِبّاءُ، كالقَرْن في الفَرج ونحوِه، وقولُهنَّ وقولُ الطَّبيبِ حُجّةٌ في تَوجُّه الخُصومةِ، ولكن لا يَثبُتُ الرَّدُّ بقَولهنَّ، فيَفتقِرُ إلى هذه الحُجَجِ للرَّدّ، حتى لو عايَن القاضِي تاريخَ البيعِ، والعَيبُ ظاهِرٌ: لا يَحتاجُ إلى شيءٍ منها، وهو رَدٌّ على الْمُوكِّل، فلا يَحتاجُ الوَكيلُ إلى رَدٍّ وخُصومةٍ.

فأما إذا كان العَيبُ مما يَحدُثُ مِثلُه.. فإن رَدَّ بالبَيِّنة: فهو لازِمٌ للمُوكِّل؛ لأن البَيِّنةَ

حُجّةٌ في حقِّ النّاسِ كافّةً، فيَثبُتُ بها قِيامُ العَيبِ عندَ الْمُوكِّلِ، فنفَذ الرَّدُّ على الْمُوكِّل.

وكذا إن رَدَّها بالنُّكول؛ لأن الوَكيلَ مُضطرٌّ في النُّكول؛ لأنه لم يُباشِر أحوالَ العبدِ، فلا يَعرِفُ بعَيب مِلكِ الغيرِ، والْمُوكِّلُ هو الذي أوقَعه فيه، فكان الرَّدُّ عليه ردًّا على الْمُوكِّل.

وإن رَدَّه بإقرارٍ لَزِم الْمَأمورَ؛ لأن الإقرارَ حُجّةٌ قاصِرةٌ، فيَظهَرُ في حقِّ الْمُقِرِّ دونَ غيرِه، وهو غيرُ مُضطَرٍّ[1] إليه؛ لأنه يُمكِنُه السُّكوتُ والنُّكولُ، ولكن له أن يُخاصِمَ الْمُوكِّلَ فيُلزِمَه ببيِّنته أو بنكوله.

فإن قِيل: كيف يَكونُ للوَكيل حقُّ الخُصومةِ مع الْمُوكِّلِ وقد حَصَل الرَّدُّ بإقرار الوَكيلِ، فكان بيعًا جَديدًا في حقِّ الْمُوكِّلِ.

قُلنا: الرَّدُّ ما حَصَل بإقراره، وإنما حَصَل بقَضاء القاضِي على كَرهٍ منه، فلا يُحتمَلُ أن يَكونَ عقدًا مُبتدأً؛ لفَقد شرطِه، وهو التَّراضِي، فجُعِل فسخًا، ولكن الفسخُ استَنَد إلى دَليلٍ قاصِرٍ، وهو الإقرارُ، فعَمِلنا بهما، فمن حيث إن الرَّدَّ فسخٌ كان للوَكيل أن يُخاصِمَ الْمُوكِّلَ، ومن حيث إنه استَنَد إلى دَليلٍ قاصِرٍ لَزِم الوَكيلَ، إلا أن يُقيمَ حُجّةً على الْمُوكِّل.

وإن كان الْمُشتَري رَدَّه بنَفسه بإقرار الوَكيلِ بغَير قَضاءٍ، والعَيبُ مما يَحتمِلُ الحُدوثَ: لَزِم الوَكيلَ، ولا يَكونُ له أن يُخاصِمَ مُوكِّلَه بحالٍ؛ لأن هذا فسخٌ بالتَّراضِي، فكان له حُكمُ عقدٍ جَديدٍ في حقِّ غيرِهما، والْمُوكِّلُ غيرُهما، وصار[2] في حقِّ الْمُوكِّلِ كأنَّ الوَكيلَ اشتَرى من الْمُشتَري، ولو اشتَرى منه لم يكن له مُخاصَمةُ الْمُوكِّلِ، كذا هنا.

---

(١) في (ج): وهو مضطر.

(٢) في (ج) و(هـ): فصار.

وإن كان العَيبُ لا يَحدُثُ مِثلُه، والرَّدُّ بغَير قَضاءٍ بإقراره: لَزِم الْمُوكِّل بلا خُصومةٍ في رِوايةٍ؛ لأنهما فَعَلا بأنفُسهما عَينَ[1] ما فَعَله القاضِي لو تَرافَعا إليه؛ لأن الرَّدَّ حقٌّ مُتعيِّنٌ في هذا، فإذا تَعيَّن الرَّدُّ صار تَسليمُ الخصمِ وتَسليمُ القاضِي سَواءً، كتَسليم الشُّفعةِ، وقَضاءِ الدَّينِ، والرُّجوعِ في الهِبة.

وفي عامّة الرِّواياتِ: ليس له أن يُخاصِمَ الْمُوكِّل، بل يَلزَمُ الوَكيلَ؛ لأن الرَّدَّ ثَبَت بالتَّراضِي، فصار كالبَيع الجَديدِ، ولا نُسلِّمُ أنهما فَعَلا عَينَ[2] ما فَعَله القاضِي، وكيف يَكونُ ذلك مع التَّفاوُتِ في الوِلاية، وحُكمُ الأصلِ في هذا[3] الْمُطالَبةُ بوَصف السَّلامةِ، وإنما يُصارُ إلى الرَّدِّ بضَرورة العجزِ، فإذا نَقَلاه إلى الرَّدِّ لم يَصِحَّ في حقِّ غيرِهما، ولهذا لو امتَنَع الرَّدُّ وَجَب الرُّجوعُ بحِصّة العَيبِ، وفي تلك الْمَسائِلِ الحقُّ مُتعيِّنٌ لا يَحتمِلُ التَّحوُّلَ إلى غَيره.

ولو باع بنَسيئةٍ، فقال: (أمَرتُك بنقدٍ)، وقال الْمَأمورُ: (أطلَقتَ): فالقولُ للآمِر.

ومَن قال لآخرَ: (أمَرتُك ببَيع عَبدي بنقدٍ، فبِعتَه بنَسيئةٍ)، وقال الْمَأمورُ: (أمَرتَني ببَيعه ولم تَقُل شيئًا): فالقولُ للآمِر؛ لأن الأمرَ قد يَكونُ مُطلقًا وقد يَكونُ مُقيَّدًا، ولا دَليلَ على أحَد الوَجهَين، والأمرُ يُستفادُ من جِهَته، فكان القولُ له، كما لو أنكَر الأمرَ أصلًا.

وفي الْمُضارَبة: للمُضارِب.

والقولُ للمُضارِب إذا قال له ربُّ المالِ: (أمَرتُك بالنَّقد)، وقال الْمُضارِبُ: (بل

(١) في (ب) و(د): غير.

(٢) في (د): غير.

(٣) في (ب) و(هـ): هذه.

دَفَعتَ مُضارَبةً ولم تُبيِّن شيئًا)؛ لأن الأصلَ في الْمُضارَبة الإطلاقُ والعُمومُ؛ ألا تَرى أن له أن يُودِعَ ويُبضِعَ ويُوكِّل.

وتَصِحُّ الْمُضارَبةُ عندَ الإطلاقِ، ويَثبُتُ الإذنُ عامًّا، فكان القولُ لمن تَمسَّك بالأَصل، بخِلاف الوَكالةِ؛ فإن الإطلاقَ والعُمومَ فيها ليس بأصلٍ، حتى لا يُودِعُ ولا يُوكِّل.

ولو قال لآخرَ: (وَكَّلتك في مالِي): يَملِكُ به الحِفظَ فقط.

ولو كان ربُّ المالِ يَدَّعي الْمُضارَبةَ في نوعٍ، والْمُضارِبُ يَدَّعي في نوعٍ آخرَ: فالقولُ لربِّ المالِ؛ لأن العُمومَ سَقَط باتِّفاقهما، فأشبَه مَسألةَ الوَكالةِ.

ثم مُطلَقُ الأمرِ بالبَيع يَنتظِمُه نقدًا ونَسيئةً إلى أيِّ أجلٍ كان عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وعندَهما: يَتقيَّدُ بأجَلٍ مُتعارَفٍ.

حتى لو باع بأجَلٍ غيرِ مُتعارَفٍ بينَ التُّجّارِ، بأن باع إلى خَمسين سنةً جاز عندَه، خِلافًا لهما؛ بِناءً على ما مَرّ.

ولو أخَذ بثَمَنه رَهْنًا، فضاع، أو كَفيلًا، فتَوِيَ عليه: لم يَضمَن.

ومَن أمَر رَجُلًا ببَيع عبدِه، فباعه وأخَذ بالثَّمَن رهنًا، فضاع الرَّهنُ في يَده أو أخَذ بثَمَنه كَفيلًا، فتَوِي المالُ على الكَفيل، بأن يَرفَعَ الأمرَ إلى قاضٍ يَرى بَراءةَ الأصيلِ بنَفس الكَفالةِ، كما هو مَذهَبُ مالِكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، فيَحكُمَ ببَراءة الأصيلِ، فتَوِيَ[1] المالُ على الكَفيل: فلا ضَمانَ عليه؛ لأن حَقَّ الاستِيفاءِ للوَكيل، والرَّهنُ والكَفالةُ يُؤكِّدان الاستيفاءَ، فيَملِكُهما.

---

(١) في (ج): فيتوى.

فإذا ضاع الرَّهنُ في يَده فقد صار استيفاءً، وذا مَملوكٌ له؛ ألا تَرى أنه لو استَوفى الثَّمَنَ حَقيقةً، ثم هَلَك في يَده: كان الهَلاكُ على الْمُوكِّل.

بخِلاف الوَكيلِ بقَبض الدَّينِ إذا أخَذ رهنًا أو كَفيلًا؛ فإن التَّوى لا يَكونُ على ربِّ الدَّينِ؛ لأن الْمَأمورَ بقَبض الدَّينِ يَتصرَّفُ بحُكم الأمرِ، ولهذا يَملِكُ الْمُوكِّلُ منْعَه عن قَبض الدَّينِ، والأمرُ حَصَل بقَبض الدَّينِ، وأخذُ الرَّهنِ والكَفيلِ ليس من قَبض الدَّينِ في شيءٍ، فلا يَكونُ الهَلاكُ على الْمُوكِّل.

والوَكيلُ بالبَيع لا يَتصرَّفُ بحُكم الأمرِ، بل بحُكم الأصالةِ؛ لأن الوَكيلَ بالبَيع أصيلٌ في حقِّ الحُقوقِ، ولهذا لا يَملِكُ الْمُوكِّلُ حَجْرَه عن قَبض الثَّمَنِ، فكان له وِلايةُ الارتِهانِ وأخذِ الكَفيلِ.

باب الوكالة بالخصومة والقبض

وبالخُصومة، والتَّقاضِي: لا يَملِكُ(ز) القبضَ.

الوَكيلُ بالخُصومة والتَّقاضِي[1] لا يَملِكُ القبضَ.

اعلَم أن أصلَ الرِّوايةِ: أن الوَكيلَ بالخُصومة أو التَّقاضِي[2] وَكيلٌ بالقَبض، خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

له: أن القبضَ غيرُ الخُصومةِ والتَّقاضِي، فلا يَكونُ الوَكيلُ بهما وَكيلًا به؛ وهذا لأنه يُختارُ[3] لهما[4] أَلَجُّ النّاسِ، وللقَبض آمَنُ النّاسِ.

ولنا: أن الوَكيلَ بالشَّيء وَكيلٌ بإِتمام ذلك الشَّيءِ، وإتمامُهما يَكونُ بالقَبض؛ إذ الخُصومةُ قائِمةٌ ما لم يَقبِض.

ولكن الفَتوى اليومَ على قَول زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لظُهور الخِيانةِ في الوُكَلاءِ، فلا كلُّ مَن يُؤتمَنُ في الخُصومة والتَّقاضِي مُؤتمَنٌ على المال.

وبقَبض الدَّينِ: مَلَكَ الخُصومةَ(س م)، فتُقبَلُ البيِّنةُ(س م) على استِيفاء المُوكِّلِ وإبرائِه.

والوَكيلُ بقَبض الدَّينِ يَملِكُ الخُصومةَ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، حتى لو أَقام

---

(١) في (د): والتقابض.

(٢) في (د): والتقابض.

(٣) في (ج): يحتاج.

(٤) في (ب) و(ج): لها.

الْمُدَّعَى عليه البَيِّنَةَ أن ربَّ الدَّينِ استَوفى منه أو أبرَأه: تُقبَلُ بَيِّنتُه.

وقالا: لا يَكونُ خصمًا، وهو رِوايةٌ عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وبقَبض العَينِ: لا، فتُوقَفُ لو أُقِيمت على الوَكيل بقَبض العبدِ، ونقلِ الْمَرأةِ.. على البَيع، والعَتقِ، والطَّلاقِ.

والوَكيلُ بقَبض العَينِ لا يَملِكُ الخُصومةَ، حتى إن من وَكَّل وَكيلًا بقَبض عبدٍ له، وغاب، فأَقام ذو اليدِ البَيِّنةَ أنه اشتَراه من الذي وَكَّله بالقَبض: لم تُقبَل بَيِّنتُه في إثبات الشِّراءِ، وتُسمَعُ هذه البَيِّنةُ لدَفع الخُصومةِ، فيَتوقَّفُ حتى يَحضُرَ الْمُوكِّلُ.

وكذا إذا أَقامت الْمَرأةُ البَيِّنةَ على الطَّلاق، والعبدُ أو الأمةُ على العَتاق على الوَكيل بنَقلهم من مَكانٍ إلى مَكانٍ: لا تُقبَلُ هذه البَيِّنةُ على إثبات[1] العَتقِ والطَّلاقِ، وتُقبَلُ في قَصْر يدِ الوَكيلِ حتى يَحضُرَ الغائِبِ؛ استِحسانًا.

والأصلُ: أن التَّوكيلَ إذا وَقَع استِيفاءَ عَينِ حقِّه لم يكن وَكيلًا في الخُصومة؛ لأن التَّوكيلَ وَقَع بالقَبض لا غيرُ، وإذا وَقَع التَّوكيلُ بالتَّملُّك كان وَكيلًا بالخُصومة؛ لأن التَّملُّكَ إنشاءُ تَصرُّفٍ، وحُقوقُ العقدِ تَتعلَّقُ بالعاقِد، فكان خصمًا فيها.

فإذا ثَبَت هذا.. فقال أبو يوسف ومحمدٌ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: الوَكيلُ بقَبض الدَّينِ وَكيلٌ باستِيفاء عَينِ حقِّه حُكمًا، ولهذا لو قَبَض أحدُ الشَّريكَين شيئًا من الدَّين كان للآخَر أن يُشارِكَه فيه، ومَعنى التَّملُّكِ ساقِطٌ حُكمًا، حتى كان له أخذُه بلا قَضاءٍ ولا رِضاءٍ، كما في الوَديعة والغصبِ، فلا يَنتصِبُ خصمًا، كما في الوَكيل بقَبض العَينِ[2].

وقال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الوَكيلُ بقَبض الدَّينِ وَكيلٌ بالتَّملُّك؛ لأن الدُّيونَ تُقضى

---

(١) في (ج): انبتات.

(٢) في (د): بالدين.

بِأَمثالها لا بأَعيانها؛ وهذا لأن الْمَقبوضَ ليس بمِلكِ للمُوكِّل، بل هو بدَلُ حقِّه، إلا أن الشَّرعَ جَعَل ذلك طَرِيقًا للاستِيفاء، فانتَصَب خصمًا، كالوَكيل بالشِّراء، والقِسمةِ، والرَّدِّ بالعَيب، والرُّجوعِ في الهِبة، والوَكيلِ بأَخذ الدّارِ بالشُّفعة.

ومَسألتُنا أشبَهُ بمَسألة أخذِ الدّارِ بالشُّفعة، فإنه خصمٌ قبلَ القبضِ عندَه، كالوَكيل بطَلَب الشُّفعةِ خصمٌ قبلَ الأخذِ، وأما الوَكيلُ بالشِّراء: فإنما يَصيرُ خصمًا بعدَ مُباشَرةِ الشِّراءِ، وأما الوَكيلُ بقَبض العَينِ: فإنه ليس بوَكيلٍ بالْمُبادَلة، فصار أمينًا محضًا ورَسولًا، فلم تَتعلَّق الحُقوقُ بالقابِض، فلا يَنتصِبُ خصمًا.

ولا تُقبَلُ البَيِّنةُ عليه أصلًا قِياسًا، حتى لا يَجِبُ التَّوقُّفُ؛ لأنها قامت على غَير خصمٍ، وفي الاستِحسان: يُوقَفُ الأمرُ حتى يَحضُرَ الْمُوكِّلُ، فإذا حَضَر أُمِروا بإعادة البَيِّنةِ على ما ادَّعَوا.

لأن البَيِّنةَ قامت على شَيئَين: على البَيع والعَتقِ والطَّلاقِ، وعلى قَصر يدِ الوَكيلِ..

ففي حقِّ زَوالِ الْمِلكِ على الْمُوكِّل إن قامت البَيِّنةُ لا على الخَصم: ففي حقِّ قصرِ يدِ الوَكيلِ قامت على الخَصم، فتُسمَعُ هذه البَيِّنةُ في حقِّ قصرِ يدِ الوَكيلِ، ولم تُسمَع في حقِّ إزالةِ مِلكِ الْمُوكِّلِ، كما لو أَقام البَيِّنةَ على أن الْمُوكِّلَ عَزَله عن الوَكالة، فإنها تُقبَلُ في قَصر يدِه.

وبالخُصومة، فأقَرَّ عندَ قاضٍ: صحّ(س ز)، وإلا لا(س).

وإن وَكَّل وَكيلًا بالخُصومة، فأقَرَّ الوَكيلُ على مُوكِّله عندَ القاضِي: صَحَّ إقرارُه عليه، ولا يَصِحُّ إقرارُه عندَ غيرِ القاضِي عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَااللَّهُ استِحسانًا، إلا أنه يَخرُجُ من الوَكالة.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَصِحُّ إقرارُه عليه، وإن أقرَّ في غير مَجلِسِ القاضِي.

وقال زفرُ والشّافعيُّ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: لا يَصِحُّ في مَجلِس القاضِي وفي غير مَجلِسِ القاضِي، وهو قولُ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ أوّلًا، وهو القِياسُ.

ولا فرقَ بينَ أن يَكونَ الوَكيلُ بالخُصومة من الْمُدَّعي، فأقرَّ بالقَبض أو الإبراءِ، أو من الْمُدَّعى عليه، فأقرَّ عليه بالحقّ.

لهم: أنه وَكَّله بالخُصومة، وهي اسمٌ لكَلامٍ يَجري بينَ اثنَين على سَبيل الْمُنازَعةِ والْمُشاجَرةِ، والإقرارُ اسمٌ لكَلامٍ يَجري على سَبيل الْمُسالَمةِ(1) والْمُوافَقةِ، فكان ضِدَّ ما أمَر به، والتَّوكيلُ بالشَّيء لا يَتناوَلُ ضِدَّه، ولهذا لا يَملِكُ الوَكيلُ بالخُصومة الهِبةَ والبيعَ والإبراءَ والصُّلحَ.

ولو وَكَّل بالخُصومة واستَثنى الإقرارَ: يَصِحُّ التَّوكيلُ، ولو كانت حَقيقةُ الخُصومةِ مَهجورةً لَمَا صَحَّ استِثناءُ الإقرارِ.

ولأنه لو استَثنى الإقرارَ صَريحًا لا يَملِكُ الإقرارَ، فكذا إذا استَثناه دَلالةً، والظّاهرُ أنه يَكونُ مُستثنِيًا(2) في تَوكيله الإقرارَ، ولهذا لو وَكَّله بالجَواب مُطلَقًا يَنصرِفُ إلى جَوابٍ هو خُصومةٌ؛ إذ العادةُ في التَّوكيل جَرَت بذلك، ولهذا يُختارُ فيها الأهدَى فالأهدَى، والوَكالةُ تَتقيَّدُ بدَلالة العُرفِ.

ولهما: أن التَّوكيلَ صَحيحٌ قطعًا، فيُستدَلُّ بصِحّة تَوكيلِه أن الدّاخِلَ تحتَ التَّوكيلِ ما هو مَملوكٌ له قطعًا، والْمَملوكُ له قطعًا مُطلَقُ الجَوابِ لا جَوابٌ مُقيَّدٌ، وهو الإنكارُ، فإنه إذا عَرَف الْمُدَّعيَ مُحِقًّا لا يَملِكُ الإنكارَ شرعًا، وتَوكيلُه بما لا يَملِكُ لا يَجوزُ

(1) في (ب): المساءلة.

(2) في (ب) و(ج): مستثنًى.

شرعًا، والدِّيانةُ تَمنَعُه من ذلك، فحَمَلناه على هذا الْمَجازِ تَحرِّيًا للصِّحّة قطعًا، وطَريقُ الْمَجازِ مَوجودٌ؛ لأن الخُصومةَ جَوابٌ مُقيَّدٌ، وبينَ الجَوابِ الْمُقيَّدِ والجَوابِ الْمُطلَقِ اتِّصالٌ؛ لاشتِراكهما في الجَواب[1].

ولو استَثنى الإقرارَ.. فعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لا يَصِحُّ؛ لأنه لا يَملِكُ الاستِثناءَ؛ لأن من أَصله أن صِحّةَ الإقرارِ باعتِبار قِيامِه مَقامَ الْمُوكِّلِ، لا لأنه من الخُصومة، فيَصيرُ ثابِتًا بالوَكالة حُكمًا لها، فلا يَصِحُّ استِثناؤُه، كما لو وَكَّل بالبَيع على أن لا يَقبِضَ الوَكيلُ الثَّمَنَ أوْ لا يُسلِّمَ الْمَبيعَ، فإن هذا الاستِثناءَ باطِلٌ، كذا هذا.

وفي ظاهِر الرِّوايةِ: يَصِحُّ الاستِثناءُ؛ لأن صِحّةَ إقرارِ الوَكيلِ باعتِبار تركِ حَقيقةِ اللَّفظِ إلى الْمَجاز؛ حملًا على ما هو الأَولى بالْمُسلِم؛ إذ الخُصومةُ مُنازَعةٌ، وهي حَرامٌ، والتَّوكيلُ بالحَرام حَرامٌ، فحَمَلناه على الْمَجاز بظاهِر حالِه، وبهذا الاستِثناءِ تَبيَّن أن مُرادَه حَقيقةُ الخُصومةِ لا الجَوابُ الذي هو مَجازٌ؛ لأن التَّنصيصَ[2] زِيادةُ دَلالةٍ على أنه مالِكٌ للإنكار، ولا عِبرةَ لدَلالة الحالِ عندَ التَّصريحِ بخِلافه.

وعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه إذا وَكَّل الطّالبُ واستَثنى الإقرارَ: جاز، ولم يَجُز من الْمَطلوب؛ لأن الطّالبَ لا يُجبَرُ على الخُصومة، فله أن يُوكِّلَ بشيءٍ دونَ شيءٍ، والْمَطلوبَ يُجبَرُ عليها، فلا يَملِكُ التَّوكيلَ بما فيه إضرارٌ بالطّالِب.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أَقام الوَكيلَ مُقامَ نفسِه مُطلَقًا، فيَقتَضي أن يَملِكَ ما كان الْمُوكِّلُ مالِكًا له، والْمُوكِّلُ مالِكٌ للإقرار بنَفسه في مَجلِس القَضاءِ وفي غَير مَجلِسِ القَضاءِ، فكذا الوَكيلُ.

---

(١) في (د) زيادة: ولو وكله بالجواب مطلقًا فعلى الخلاف.

(٢) في (ب) و(د): للتنصيص.

وقالا: التَّوكيلُ تَناوَل جَوابًا يُسمّى خُصومةً حَقيقيّةً بأن أنكَر، أو مَجازًا بأن أقرّ، والإقرارُ في مَجلِس القَضاءِ يُسمّى خُصومةً مَجازًا؛ لأنه خَرَج في مُقابَلة الخُصومةِ، فيُسمّى باسمها، كما قال اللهُ تَعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثۡلُهَا﴾ [الشورى: ٤٠]

أو لأن الخُصومةَ سبَبٌ له، فكان إطلاقَ اسمِ السَّبَبِ على الْمُسبَّب.

أو لأن مَجلِسَ الحُكمِ مَجلِسُ الخُصومةِ، فما يَجري فيه يُسمّى خُصومةً مَجازًا، وإنما مَلَك الإقرارَ من حيث إنه جَوابُ الخصمِ لا من حيث إنه إقرارٌ، والجَوابُ الْمُستحَقُّ عليه مُوكَّلٌ به؛ إذ الظّاهرُ إثباتُه بالْمُستحَقّ عليه، وذا يَختصُّ بمَجلِس القاضِي.

ولكن إذا أُقيمت البَيِّنةُ على إقراره في غَير مَجلِسِ القَضاءِ يَخرُجُ الوَكيلُ من[1] الوَكالة، حتى لا يُؤمَرُ بدَفع المالِ إليه؛ لأنه لا يُمكِنُ أن يَبقى وَكيلًا بمُطلَق الجَوابِ؛ لأنه لا يَملِكُ الإنكارَ؛ لأنه يَصيرُ مُناقِضًا في كَلامه، فلو بَقِي وَكيلًا لبَقِي وَكيلًا بجَوابٍ مُقيَّدٍ، وهو الإقرارُ، وما وَكَّله بجَوابٍ مُقيَّدٍ، وإنما وَكَّله بالجَواب مُطلَقًا[2]، وصار كالأَب والوصِيِّ إذا لم يَصِحَّ إقرارُهما على الصَّبيِّ لا يَملِكان الخُصومةَ في تلك الحادِثةِ بعدَ ذلك.

رَجُلٌ له على رَجُلٍ مالٌ، فكَفَل به رَجُلٌ، فوَكَّل الطّالبُ الكَفيلَ بقَبض المالِ من الْمَطلوب: لا يَكونُ وَكيلًا في ذلك أبدًا؛ لأن الوَكيلَ من يَعمَلُ لغَيره، ولو صَحَّت الوَكالةُ هنا لصار الوَكيلُ عامِلًا لنَفسه في إِبراء ذِمّتِه عن الْمُطالَبة؛ إذ الكَفيلُ مُطالَبٌ من جِهة صاحِبِ المالِ، فصار الكَفيلُ بالوَكالة[3] ساعِيًا فيما يَنتفِعُ به بإبراء نفسِه عن الْمُطالَبة،

---

(١) في (ج) و(د): عن.

(٢) في (هـ): بجواب مطلق.

(٣) في (د): الكفيل بالكفالة، وفي (هـ): الوكيل بالكفالة.

فبَطَلت الوَكالةُ؛ لعَدَم رُكنِها.

فإن قِيل: الدّائنُ إذا وَكَّل الْمَديونَ بإبراء نفسِه عن الدَّين يَصِحُّ، نَصَّ عليه في «الجامعِ»، وإن كان الْمَديونُ في إبراء نفسِه ساعِيًا في فِكاك رَقَبتِه.

قُلنا: إنما صَحَّ ثَمّ: لأنه تَمليكٌ لا لأنه تَوكيلٌ، كما في قَوله: (طَلِّقي نفسَكِ)، ولأن قَبولَ قولِه من لَوازِم وَكالتِه؛ إذ الوَكيلُ يَكونُ أمينًا، ولو صَحَّحناها لا يُقبَلُ قولُه؛ لكَونه مُتَّهَمًا فيه حيث يَستفيدُ به البَراءةَ، فتَنتَفي؛ لانتِفاء لازِمِها.

ونَظيرُها: أن الْمَولى إذا أعتَق عبدَه الْمَأذونَ الْمَديونَ ضَمِن قِيمتَه للغُرَماء، وطُولِب العبدُ بجَميع الدَّينِ، كأن الْمَولى كَفيلٌ عن العَبد، فلو وَكَّل الطّالبُ الْمَولى بقَبض المالِ عن العَبد كان باطِلًا؛ لأن الْمَولى حينَئذٍ يَصيرُ عامِلًا في إسقاط ضَمانِ القِيمةِ عن ذِمّته.

وبقَبض دَينِه، فصَدَّقه: أُمِر بتَسليمه إليه، وإن ادَّعى الاستِيفاءَ، ويَتبَعُ[1] ربَّ الدَّينِ، ويَستحلِفُه، لا الوَكيلَ.

ومن ادَّعى أنه وَكيلُ الغائبِ في قَبض دَينِه، فصَدَّقه الغَريمُ: أُمِر بتَسليم الدَّينِ إليه؛ لأنه إقرارٌ على نَفسه؛ لأن ما يَقضيه[2] خالِصُ مالِ الْمَديونِ؛ إذ الدُّيونُ تُقضى بأَمثالها.

وكذا إن ادَّعى الغَريمُ الإيفاءَ يُؤمَرُ بقَضاء الدَّينِ؛ لأن الوَكالةَ ثَبَتت، ولم يَثبُت الإيفاءُ بمُجرَّد دَعواه، فلا يُؤَخَّرُ حقُّه.

ويَتبَعُ ربَّ الدَّينِ ويَستحلِفُه -ولا يَستحلِفُ الوَكيلَ-: بالله ما يَعلَمُ أن الطّالبَ قد

(١) تبع زيدٌ عمرًا تَبَعًا -من باب تعب-: مشى خلفه، أو مر به فمضى معه... والتَّبِعة -وِزان كلمة-: ما تطلبه من ظُلامة. «المصباح» ١/ ٧٢.

(٢) كذا في (أ)، وفي (د): يقتضيه، وفي الباقي: يقبضه. والمثبت موافق لنص «الهداية» ٣/ ١٥١، و«العناية» ٨/ ١٢٥، وبالباء نص «البناية» ٩/ ٢٩٨.

استوفى الدَّينَ؛ لأن النِّيابةَ لا تجري في الأَيمان، بخِلاف الوارِثِ؛ حيث يُحلَّفُ على العِلم؛ لأن الحقَّ ثَبَت للوارِث، فكان الحَلِفُ بطَريق الأصالةِ دونَ النِّيابةِ.

ولو وَديعةً، أو كَذَّب، أو سَكَت: لا، ولو دَفَع لا يَستردُّ.

ومن قال: (إني وَكيلٌ بقَبض الوَديعةِ)، فصَدَّقه الْمُودَعُ: لم يُؤمَر بالتَّسليم إليه؛ لأنه أقَرَّ له بحقِّ قبضِ مالِ الغيرِ، فلا يَصِحُّ.

فلو ادَّعى أنه مات أبُوه وتَرَكَ الوَديعةَ مِيراثًا له، لا وارِثَ له غيرُه، وصَدَّقه الْمُودَعُ: أُمِر بالدَّفع إليه؛ لأنه لم يَبقَ مالَه بعدَ موتِه، فقد اتَّفَقا على أنه مالُ الوارِثِ، فيُؤمَرُ بدَفعه إليه.

ولو ادَّعى أنه اشتَرى الوَديعةَ من صاحِبها، وصَدَّقه الْمُودَعُ: لم يُؤمَر بالدَّفع إليه؛ لأنهما إذا تَصادَقا على حَياته فقد اتَّفَقا أنه أهلُ الْمِلكِ، فكان إقرارًا بمِلك الغيرِ، فلم يُصدَّقا في دَعوى البيعِ عليه.

وإن ادَّعى أنه وَكيلُ الغائِبِ في قَبض دَينِه، فكَذَّبه أو سَكَت: لا يُؤمَرُ بالتَّسليم؛ لأنه لم يُقِرَّ له بشيءٍ، وبمُجرَّد الدَّعوى لا يُؤمَرُ الغَريمُ بتَسليم شيءٍ.

فلو دَفَع المالَ إليه لا يَستَرِدُّ الْمَدفوعَ، سَواءٌ صَدَّقه أو كَذَّبه أو سَكَت؛ لأن حقَّ ربِّ الدَّينِ تَعلَّق بالْمَدفوع.

أما إذا صَدَّقه: فظاهِرٌ، وكذا إذا لم يُصدِّقه؛ لاحتِمال أنه وَكَّله، وإن لم يُوكِّله فيُحتمَلُ أنه يُجيزُ قبْضَه، فبَطَل حقُّ الاستِردادِ؛ ألا تَرى أنه لو دَفَعه إلى فُضوليٍّ على رَجاء الإجازةِ لم يَملِك الاستِردادَ، فههنا أحَقُّ.

ولا تُقبَلُ بَيِّنتُه أنه ليس بوَكيلٍ، ولا على إقراره به، ولا يُحلَّفُ عليه.

ولو دَفَع الغَريمُ المالَ إلى الوَكيل، ثم أقام البَيِّنةَ أنه ليس بوَكيلٍ، أو أقام البَيِّنةَ على

إقراره أن الطّالبَ ما وَكَّله: لا تُقبَلُ، ولو أَراد أن يَستحلِفَه على ذلك: لا يَحلِفُ عليه؛ لأن كلَّ ذلك يَنبَني على دَعوى صَحيحةٍ، ولم تُوجَد؛ لكَونه ساعِيًا في نَقض ما أوجَبه للغائِب.

وتُقبَلُ على جُحود الطّالبِ الوَكالةَ، وقبضِه منه، فإن حَضَر وصَدَّق: بَرِئ، وإلا دَفَع ثانِيًا، ورَجَع على الوَكيل لو قائِمًا.

فإن أَقام الغَريمُ البيِّنةَ أن الطّالبَ جَحَد الوَكالةَ، وقَبَض المالَ مني: تُقبَلُ؛ لأنه يُثبِتُ لنَفسه حقَّ الرُّجوعِ على الوَكيل بِناءً على إثبات سبَبِ انقِطاعِ حقِّ الطّالبِ عن الْمَدفوع، وهو قبضُه المالَ بنَفسه، فانتَصَب الحاضِرُ خصمًا عن الغائِب في إثبات السَّببِ، فيَثبُتُ قبضُ الْمُوكِّلِ، فتَنتقِضُ يدُ الوَكيلِ ضَرورةً، وجاز أن يَثبُتَ الشَّيءُ ضِمنًا وضَرورةً، ولا يَثبُتَ مَقصودًا.

فإن حَضَر الطّالبُ وصَدَّقه في الوَكالة: بَرِئ الغَريمُ؛ لأنه ظَهَر أنه كان وَكيلًا، وقبضُ الوَكيلِ قبضُ الْمُوكِّلِ، وبقَبض الْمُوكِّلِ[1] يَبرأُ الغَريمُ، فكذا هنا، وإن جَحَد الوَكالةَ ودَفَع الغَريمُ إليه الدَّينَ ثانِيًا؛ لأنه لم يَثبُت الاستِيفاءُ، حيث أنكَر الطّالبُ الوَكالةَ، والقولُ في ذلك قولُه مع يَمينِه، فلم يَصِر قبضُه قبضَ الطّالبِ، فبَقِي الدَّينُ في ذِمّة الغَريمِ كما كان.

ويَرجِعُ الْمَديونُ على الوَكيل لو كان قائِمًا في يَده؛ لأن ذا مِلكُه، وانقَطَع حقُّ الطّالبِ عنه حيث قَبَض الدَّينَ بنَفسه.

ولو ادَّعى هَلاكَه أو دَفعَه: ضَمِنَه إن كَذَّب أو سَكَت، أو صَدَّق وضَمِن، وإلا لا.

وإن كان هالِكًا، أو ادَّعى الهَلاكَ، أو دَفعه إلى الطّالِب: ضَمِنه إن كَذَّبه أو سَكَت أو صَدَّقه، وضَمِنه عندَ الدَّفعِ.

---

(١) في (هـ): الوكيل.

أما في الأوَّلَين: فلأنه إنما رَضِي بقَبضه على احتِمال أن يَكونَ وَكيلًا، فإذا لم يكن وَكيلًا لم يكن راضِيًا بقَبضه، فيَضمَنُ.

وأما في الثّالِث وصُورةُ التَّضمينِ أن يَقولَ الغَريمُ للوَكيل: (نعم، أنت وَكيلٌ[1]، ولكن لا آمَنُ أن يَحضُرَ الطّالبُ ويَجحَدَ وَكالتَك، ويَأخُذَ مني ثانِيًا، ويَصيرَ ذلك دَينًا لي عليه باتِّفاقٍ بيني وبينَك، فهل أنت كَفيلٌ[2] عنه بما يَأخُذُ مني؟)، فقَبِل: صَحّ، وصار كَفيلًا.

فإذا حَضَر الطّالبُ وجَحَد الوَكالة، وأخَذ دَينَه من الْمَديون: حَلَّت الكَفالةُ، فيَرجِعُ الْمَديونُ على الوَكيل بحُكم الكَفالةِ؛ لأن مِن زَعمهما أن الطّالبَ ضامِنٌ، وما يَقبِضُه مَضمونٌ عليه، فكان هذا إضافةَ الضَّمانِ إلى زَمان القبضِ، فيَصِحُّ؛ لأنه أَضاف الضَّمانَ إلى سَبَب الوُجوبِ، وهو القبضُ.

وإن صَدَّقه: لم يُضمِّنه، فليس للغَريم أن يُضمِّنَ الوَكيلَ؛ لأنه بتَصديقه زَعَم أن الوَكيلَ قَبَض بحقٍّ، وأن الطّالبَ ظَلَمني حيث أخَذ مني ثانِيًا، فليس لي أن أظلِمَ غَيري.

ولو ادَّعى تَوكيلَ القابِضِ، وبَرْهَن، أو استَحلَف: صحّ، فإن نكَل بَرِئ، وإن حَلَف وأخَذ: لا يُضمِّنُه، ويَستردُّ لو بَقِي.

فإن حَضَر الطّالبُ وجَحَد الوَكالةَ، وأراد أن يَرجِعَ على الغَريم، فادَّعى الغَريمُ على الطّالِب تَوكيلَ القابِضِ، وبَرْهَن أو استَحلَف: صَحّ، فإن نكَل بَرِئ الغَريمُ، وإن حَلَف وأخَذ المالَ من الغَريم: ليس للغَريم أن يُضمِّنَ الوَكيلَ؛ لأن الغَريمَ أقَرَّ بوَكالته حيث[3] ادَّعى الوَكالةَ على الطّالِب، ولكن يَستردُّ الْمَدفوعَ إن بَقِي؛ لِما مَرّ.

---

(١) في (د) و(هـ): وكيلي.

(٢) في (د): تقبل.

(٣) في (أ): حين.

فإن ادَّعى هَلاكَه، أو دَفْعَه: حَلَّفه، فإن مات ووَرِثه غَريمُه، أو وَهَب منه، وهو قائِمٌ: أخَذه، وإن هَلَك ضَمِن، إلا إذا صَدَّقه.

فإن ادَّعى الوَكيلُ هَلاكَه أو دفْعَه إلى الطَّالِب: حَلَّفه على ذلك.

فإن مات الْمُوكِّلُ ووَرِثه غَريمُه، أو وَهَب له، وهو قائِمٌ في يَد الوَكيلِ: أخَذه في الوُجوه كلِّها؛ لأنها مِلكُه، وإن كان هالِكًا ضَمِن، إلا إذا صَدَّقه.

ولو أنكَر الغَريمُ الوَكالةَ حُلِّف(د).

ولو أنكَر الغَريمُ الوَكالةَ، وأقرَّ بالدَّين: فللوَكيل أن يُحلِّفَه بالله ما يَعلَمُ أن الطَّالبَ وَكَّلني بقَبض دَينِه، فإن حَلَف بَرِئ، وإن نَكَل قُضِي عليه بالمال للوَكيل.

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لا يُحلِّفُه؛ لأن حقَّ التَّحليفِ بِناءً على أنه خصمٌ، ولم يَثبُت بلا حُجَّةٍ.

وجهُ ظاهِرِ الرِّوايةِ: أنه قد يَنكُلُ فيكونَ في تَحليفه فائِدةٌ.

وبعَيبٍ في أمةٍ، فادَّعى البائِعُ رِضا الْمُشتَري: لم يَرُدَّ حتى يَحلِفَ.

ولو اشتَرى من آخرَ عبدًا، وطَعَن الْمُشتَري فيه بعَيبٍ، فوَكَّل رَجُلًا بالخُصومة مع البائِعِ، فغاب، وقال البائِعُ: (إن الْمُشتريَ رَضِي بالعَيب): فالقاضِي لا يَقضِي بالعَيب بالرَّدِّ حتى يَحضُرَ الْمُشتَري فيَحلِفَ، بخِلاف الدَّينِ.

والفرقُ: أن في مَسألة الدَّينِ التَّدارُكَ مُمكِنٌ لو قَضى بالتَّسليم ولم يَنتظِر يَمينَ الغائِبِ؛ لأنه متى حَضَر الطَّالبُ(١) أمكَنه أن يَستحلِفَ فيَستردَّ ما قَبضه الوَكيلُ، إذا ظَهَر الخطأُ عندَ نُكولِه؛ إذ القَضاءُ لم يَنفُذ باطِنًا؛ لأنه ما قُضِي إلا بمُجرَّد التَّسليمِ، فكان

---

(١) في (هـ): الغائب.

كالقَضاء بالأَملاك الْمُرسَلةِ.

وهنا غيرُ مُمكِنٍ؛ لأن القَضاءَ بالفَسخ ماضٍ على الصِّحّة؛ لأن قَضاءَ القاضِي في العُقود والفُسوخِ يَنفُذُ ظاهِرًا وباطِنًا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، ومتى نَفَذ القَضاءُ بالفَسخ ظاهِرًا وباطِنًا لا يَكونُ للبائِع أن يَستحلِفَ الْمُشتَري إذا حَضَر على الرِّضا؛ لأنه لا فائِدَةَ في استِحلافه؛ لأن فائِدتَه أن يَنكُلَ فيَظهَرَ أنه كان راضِيًا بالعَيب، وأن حقَّ الفسخِ لم يكن ثابِتًا للمُشتَري، وأن القاضِيَ أخطَأَ في قَضائه بالفَسخ.

ولكن عندَ ظُهورِ الخطَإِ في القَضاء بالفَسخ لا يَبطُلُ قَضاؤُه بالفَسخ، حتى قالُوا: يَجِبُ أن يَتَّحِدَ الجَوابُ عندَ أبي يوسف ومحمدٍ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ في الفَصلَين، ولا يُؤَخَّرَ القَضاءُ بالرَّدِّ؛ لأن التَّدارُكَ مُمكِنٌ عندَهما في هذا، كما في مَسألة الدَّينِ؛ لأن القَضاءَ بالرَّدِّ لا يَنفُذُ في الباطِن عندَهما، كالقَضاء بالتَّسليم.

وقِيل: الأَصَحُّ عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن يُؤَخَّرَ في الفَصلَين، أي فصلِ الرَّدِّ بالعَيب وفصلِ الدَّينِ؛ لأن من مَذهَبه أن القاضِيَ لا يَرُدُّ الْمَبيعَ على البائِع إذا كان الْمُشتَري حاضِرًا وأَراد الرَّدَّ، ما لم يَستحلِفه بالله ما رَضِيتَ بهذا العَيبِ، وإن لم يَدَّعِ البائِعُ.

فإذا كان الْمُشتَري غائِبًا: لا يَرُدُّ عليه أيضًا حتى يُستحلَفَ[1]؛ صِيانةً للقَضاء عن البُطلان، ونظَرًا للبائِع والْمَديونِ[2]، فصار عنه رِوايتان، في رِوايةٍ: مِثلَ قولِ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وفي رِوايةٍ: يُؤَخَّرُ فيهما[3]؛ اعتِبارًا للنَّظَر.

رَجُلٌ دَفَع إلى رَجُلٍ عشَرةَ دَراهِمَ ليُنفِقَها على أَهله[4]، فأنفَق عليهم عشَرةً من

(١) في (د): يستحلفه.

(٢) في (هـ): أو المديون.

(٣) في (ب) و(ج): فيها.

(٤) أي أهل الدافع.

عِنده: فالعشَرةُ بعَشَرته استِحسانًا، والقِياسُ: أن يَكونَ مُتبرِّعًا؛ لأنه خالَف أمرَه، فتَرُدُّ عَشَرتُه عليه.

وجهُ الاستِحسانِ: أن الوَكيلَ بالإنفاق وَكيلٌ بالشِّراء؛ لأن الإنفاقَ لا يَتيسَّرُ بدُون الشِّراءِ؛ لأن مَعناه شِراءُ ما يَحتاجُ إليه، والوَكيلُ بالشِّراء يَملِكُ النَّقدَ من مال نفسِه، فإنه إذا وَكَّله بشِراء الطَّعامِ ونحوِه ولم يَدفَع إليه الثَّمَنَ، فاشتَرى الوَكيلُ ونَقَد الثَّمَنَ من مال نفسِه: له أن يَرجِعَ به على الآمِر.

وهذا لأن الوَكيلَ لا يُمكِنُه أن يَحمِلَ الدَّراهِمَ مع نفسِه، وقد يَتَّفِقُ له في السُّوق شِراءُ ما يَحتاجُ إليه في النَّفَقة، فيَحتاجَ إلى أن يَنقُدَ من مال نفسِه، فلم يُجعَل مُتبرِّعًا؛ تَحقيقًا لغَرَض الآمِرِ.

وقِيل: القِياسُ والاستِحسانُ في قَضاء الدَّينِ؛ لأنه ليس فيه مَعنى الشِّراءِ، والإنفاقُ شِراءٌ، فلم يكن مُتبرِّعًا قِياسًا واستِحسانًا، وقد مَرَّت الْمَسألةُ بأخَواتها في الحَوالة.

وبتَحرير نِصفِه، فكَمَّله: بطَلَ(س م)، وبعَكسه: عَتَق نِصفُه(س م).

ولو وَكَّله بتَحرير نِصفِ عبدِه، فحَرَّر كلَّه: لم يَعتِق منه شيءٌ عندَه، وعندَهما: يَعتِقُ كلُّه، ولو كان على العَكس: يَعتِقُ نِصفُه عندَه، وعندَهما: يَعتِقُ كلُّه.

والْمَسألتان مَبنيّتان على تَجزِّي الإعتاقِ وعدَمِه، ولَمّا أمَره بإعتاق الكلِّ كان مَأمورًا بإعتاق النِّصفِ ضَرورةً، فيَنفُذُ، ولَمّا أمَره بإعتاق النِّصفِ لم يكن مَأمورًا بإعتاق الكلِّ، فلو ثَبَت عَتقُ النِّصفِ لثَبَت ضِمنًا لإعتاق الكلِّ، وقد بَطَل، فيَبطُلُ ما في الضِّمن ضَرورةً.

وعندَهما: التَّوكيلُ بإعتاق النِّصفِ وإعتاقُ الكلِّ سَواءٌ؛ لأنه لا يَتجزَّأُ عندَهما، فلهذا عَتَق الكلُّ عندَهما فيهما.

وبالإجارة: يَصِحُّ بما آجَر.

وللوَكيل بإجارة الدّارِ والأرضِ أن يُؤاجِرَاها[1] بالنَّقد والْمَكيلِ والْمَوزونِ، وبالحَيَوان الْمُعيَّنِ، وبالْمَوصوف الْمُؤجَّلِ من الثِّياب.

أما عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فظاهِرٌ؛ لأنه كالوَكيل بالبَيع.

وهما فَرَّقا وقالا: تَخصيصُ الوَكيلِ بالبَيع بالنَّقد للعُرف، ولا عُرفَ هنا، فإن الأراضِيَ تُؤْجَرُ بغَير النَّقدِ؛ ألا تَرى أنها تُدفَعُ مُزارَعةً، وهي إجارةٌ بجُزءٍ من الخارِج، كذا ذَكَر في «الْمَبسوط»، وفي بَعض الْمَواضِعِ حَقَّق الخِلافَ هنا، كما في البَيع.

وبالاستِئجار، فأخَذ مُزارَعةً: لَغا(س م).

ولو وَكَّله بأن يَستأجِرَ أرضًا له، فأخَذها مُزارَعةً: لم يَجُز عندَه؛ لأنه لا يَرى جَوازَ الْمُزارَعةِ، ويَجوزُ عندَهما؛ لأنهما يُجوِّزانها.

وبالصُّلح عن دَم عمدٍ: مَلَكه بالقَليل(س م).

ولو وَكَّل الطّالبُ رَجُلًا بالصُّلح عن دَم العمدِ، فصالَحه على مالٍ قَليلٍ: صَحَّ عندَه، كالوَكيل[2] بالبَيع، خِلافًا لهما.

---

(١) في (د) و(هـ): يؤجرها.

(٢) في (هـ): كالتوكيل.

فصل

[في بيان وكالة الاثنين]

ولا يَتصرَّفُ أَحَدُ الوَكيلَين وحدَه، إلا في خُصومةٍ(ز)، وطَلاقٍ، وعَتقٍ بلا بَدَلٍ، وردِّ وَديعةٍ، وقَضاءِ دَينٍ.

وإذا وَكَّل وَكيلَين: فليس لأحَدهما أن يَتصرَّفَ فيما وُكِّلا به وحدَه، وهذا في تَصرُّفٍ يُحتاجُ فيه إلى الرَّأي، كالبَيع والخُلعِ ونحوِهما؛ لأن الْمُوكِّلَ رَضِي برَأيهما، فإذا انفَرد أحَدُهما بَطَل غرَضُه؛ إذ لا يُنالُ برَأيِ أحَدِهما ما يُنالُ برَأيهما، والبدَلُ وإن كان مُقدَّرًا ولكن تَقديرُ الثَّمنِ يَمنَعُ النُّقصانَ دونَ الزِّيادةِ، وربما يَزدادُ الثَّمَنُ عندَ اجتِماعِهما؛ لذَكاء أحَدِهما وهِدايتِه، أو يَختارُ الآخَرُ مُشترِيًا لا يُماطِلُ في أداء الثَّمَنِ.

إلا أن يُوكِّلَهما بالخُصومة، فلأحَدهما أن يُخاصِمَ دونَ صاحبِه، ولكنهما لا يَقبِضان إلا معًا.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَصِحُّ الانفِرادُ في الخُصومة أيضًا؛ لأنه يُحتاجُ فيها إلى الرَّأي، ورأيُ الاثنَين لا يَكونُ كرَأيِ الواحِدِ، فرِضاه برَأيهما لا يَكونُ رِضًا برَأيِ أحَدِهما، كما في البَيع والشِّراءِ.

ولنا: أن الْمَعهودَ بينَ النّاسِ -وهو الانفِرادُ بالتَّكلُّم- صِيانةٌ لِمَجلِس القَضاءِ عن الشَّغْب وتَحرِّيًا للصَّواب؛ إذ الإنسانُ يُبتلى بالغَلَط عندَ كثرةِ اللَّغَطِ، وفي الاجتِماع إخلالٌ بالاستِماع، ولَمّا وَكَّلهما بالخُصومة مع عِلمِه بتَعذُّر اجتِماعِهما صار راضِيًا

بخُصومة أحَدِهما، ولكن على وجهٍ لا يُفوِّتُ فائِدةَ تَوكيلِهما، وذا بأن يُسوِّيا الأمرَ برَأيهما، وإنما يَنفرِدُ أحَدُهما بالتَّكلُّم.

ولا يُشترَطُ حَضرةُ صاحِبِه في خُصومته عندَ الجُمهورِ، وقِيل: يُشترَطُ.

ولا يَقبِضُ أحَدُهما؛ لأن اجتِماعَهما على القَبض مُمكِنٌ، والْمُوكِّلُ رَضِي بأَمانتهما لا بأَمانة أحَدِهما، وله في اجتِماعهما على القَبض والحِفظِ فائِدةٌ، فإنهما يَقدِران على دَفع القاصِدِ[1] ما لا يَقدِرُ أحَدُهما عليه، أو بطَلاق زَوجتِه بغَير بدَلٍ، أو بعَتق عبدِه بغَير بدَلٍ، أو بردِّ وَديعةٍ أو قَضاءِ دَينٍ عليه؛ لأنها لا تَحتاجُ إلى الرَّأي، وفي التَّعيين[2] المحضِ عِبارةُ الواحِدِ كعِبارة العدَدِ.

بخِلاف ما لو قال: (طَلِّقاها إن شِئتُما)، أو قال: (أمرُها بأيدِيكما)؛ لأنه فَوَّض إلى رَأيهما؛ إذ هو تَمليكٌ مُقتصِرٌ على الْمَجلِس، على أنه عَلَّق الطَّلاقَ بفِعلهما، فصار كما لو عَلَّقه بدُخولهما.

ولو قال: (إن دَخلتُما الدّارَ فامرَأتُه طالِقٌ): لا تَطلُقُ ما لم يَدخُلا.

ولا يُوكِّلُ وَكيلٌ إلا بإذنٍ، أو بـ (اعمَل برَأيك)، فإن وَكَّل بدُونه، فعَقَد بحَضرته(ز)، أو باع أجنَبيٌّ، فأَجاز: صحّ.

وليس للوَكيل أن يُوكِّلَ فيما وَكَّل به؛ لأن الْمُوكِّلَ رَضِي برَأيِ الوَكيلِ الأوَّلِ، والنّاسُ يَتفاوَتون في الرَّأي، فلا يَكونُ رِضاه برَأيه رِضًا برَأيِ غيرِه، فكان في تَوكيل الغيرِ مُباشِرًا غيرَ ما أمَر به الْمُوكِّلُ، فلا يَجوزُ إلا أن يَأذَنَ له الْمُوكِّلُ؛ لحُصول رِضاه، أو يَقولَ له: (اعمَل برَأيك)؛ لأنه فَوَّض إلى رَأيه مُطلَقًا، وأجاز ما صَنَعه، وتَوكيلُ الثّاني من

---

(١) في (هـ): الفاضل.

(٢) في (أ): التعبير، وفي (هـ): التغيير.

صُنعه، فيَدخُلُ تحتَ الإجازةِ، وإذا جاز[1] في هذا الوجهِ يَكونُ الثّانِي وَكيلًا عن الْمُوكِّل الأوَّلِ، حتى لا يَملِكُ الوَكيلُ الأوَّلُ عزْلَه، ولا يَنعزِلُ بمَوته، ويَنعزِلان بمَوت الأوَّلِ.

فإن كان بغَير إذنِ مُوكِّلِه، فعَقَد وَكيلُه بحَضرته: جاز عندَنا استِحسانًا.

وعندَ زفَرَ: لا يَجوزُ، كما لو باعه في حال غَيبتِه؛ وهذا لأن حُقوقَ العقدِ تَتعلَّقُ بالعاقِد، والْمُوكِّلُ إنما رَضِي بأن تَتعلَّقَ الحُقوقُ بالوَكيل الأوَّلِ دونَ الثّانِي، فلو جاز بيعُ الثّانِي بمَحضَرٍ من الأوَّل لَتعلَّق حُقوقُ العقدِ به دونَ الأوَّلِ.

ولنا: أن مَقصودَ الْمُوكِّلِ[2] أن يَكونَ تَمامُ العقدِ برَأي الوَكيلِ الأوَّلِ، وإذا كان هو حاضِرًا فإتمامُ العقدِ يَكونُ برَأيه، فكان مَقصودُه حاصِلًا، على أنه إذا كان حاضِرًا صار كأنه باشَر العقدَ، كما لو زَوَّج بِنتَه البالِغَةَ بشَهادة رَجُلٍ بحَضرتها جُعِل كأنها باشَرت العقدَ، حتى صَلَح الأبُ أن يَكونَ شاهِدًا، والحُقوقُ تَرجِعُ إلى الأوَّل، ذَكَره البَقّالِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «الفَتاوى».

وفي حِيَل «الأصلِ» و«العُيونِ»: والحقوقُ تَرجِعُ إلى الثّانِي، وهو الصَّحيحُ، كما لو باعه أجنَبِيٌّ؛ فأَجاز الوَكيلُ، فإنه يَجوزُ، وتَتعلَّقُ الحُقوقُ بالْمُباشِر، وإن عَقَد في حال غَيبتِه: لم يَجُز؛ لفَوات رأيِه إلا أن يَبلُغَه فيُجيزَه.

ولو قَدَّر الأوَّلُ الثَّمَنَ للثّانِي، فعَقَد بغَيبته: يَجوزُ في رِواية كِتابِ الرَّهنِ؛ لحُصول[3] الْمَقصودِ بالرَّأي، وهو تَقديرُ الثَّمنِ، بخِلاف ما لو وَكَّل وَكيلَين وقَدَّر الثَّمَنَ، فباع أحَدُهما بذلك الثَّمنِ؛ حيث لم يَجُز وإن حَصَل مَقصودُ الْمُوكِّلِ[4]؛ لأن الْمَقصودَ ثَمَّ

---

(١) في (ب) و(د): أجاز.

(٢) في (د): الأول.

(٣) في (ب): لفوات.

(٤) في (ب): الوكيل.

اجتماعُ رأيِهما في الزِّيادة واختِيارُ الْمُشتَري كما مَرّ، حيث فَوَّض الرَّأيَ إليهما مع تَقديرِ الثَّمَنِ.

وفي رِواية كِتابِ الوَكالةِ: لا يَجوزُ؛ لأن تَقديرَ الثَّمَنِ بمَنع[1] النُّقصانِ لا يَمنَعُ[2] الزِّيادةَ، وربما يَزيدُ الأوَّلُ على هذا الثَّمَنِ لو كان هو الْمُباشِرَ للبيع.

زَوَّج عبدٌ، أو مُكاتَبٌ، أو كافِرٌ.. صَغيرتَه الحُرّةَ الْمُسلِمةَ، أو باع لها، أو اشترَى: لم يَجُز.

وإذا زَوَّج العبدُ أو الْمُكاتَبُ أو الذِّمِّيُّ بِنتَه وهي صَغيرةٌ حُرّةٌ مُسلِمةٌ، أو باع لها أو اشتَرى: لم يَجُز، يُريدُ به: التَّصرُّفَ في مالها؛ لأنه لا وِلايةَ لهؤلاء، وقد مَرَّ في كِتابِ النِّكاحِ.

وكذا الحَربيُّ الْمُستأمَنُ والْمُرتدُّ إذا مات على رِدّته: لا يَجوزُ بيعُ واحِدٍ منهم ولا شِراؤُه إذا كانت البِنتُ صَغيرةً، ولا تَزويجُها.

أما الحَربيُّ: فلأنه أبعَدُ من الذِّمِّيّ؛ ألا تَرى أن شَهادتَه على الذِّمِّيِّ لا تُقبَلُ، فإذا لم يكن للذِّمِّيِّ وِلايةٌ على ابنتِه الصَّغيرةِ الْمُسلِمةِ فالحَربيُّ أحقُّ.

وأما الْمُرتدُّ: فإن وِلايتَه على أَولاده وأموالِه مَوقوفةٌ بالإجماع؛ لأنها تُبتنى على النَّظَر، وذا باتِّفاق الْمَسألةِ؛ لأنه داعٍ إلى النَّظَر، وذا في الحال مُتردِّدٌ، فوَجَب التَّوقُّفُ فيه، فإذا أسلَم جُعِل كأنه لم يَزَل مُسلِمًا، فنَفَذ تَصرُّفُه، وإذا مات أو قُتِل على رِدّته: تَقرَّرت جِهةُ انقِطاعِ الوِلايةِ، فبَطَل تَصرُّفُه، بخِلاف التَّصرُّفاتِ في أكسابه؛ فإنها نافِذةٌ عندَهما؛ لأن تلك الوِلايةَ تُبتنى على الْمِلك، والْمِلكُ قائِمٌ ما دام حيًّا بلا تَوقُّفٍ عندَهما.

(١) في (أ): لمنع.

(٢) في (أ): لا لمنع.

باب عزل الوكيل

وتَبطُلُ الوَكالةُ بعَزْله إن عَلِم به(ف).

وتَبطُلُ الوَكالةُ بعَزل الوَكيلِ إن عَلِم به.

اعلَم أن للمُوكِّل أن يَعزِلَ الوَكيلَ عن الوَكالة، فإن كان الوَكيلُ حاضِرًا والخصمُ غائِبًا، فأَراد أن يَعزِلَه.. فإن كان وَكيلَ الطّالبِ: صَحَّ عزلُه؛ لأن الطّالبَ بالعَزل يُبطِلُ حقَّ نفسِه؛ إذ خُصومةُ الوَكيلِ حقُّ الطّالبِ؛ لِقيامه مَقامَ الطّالبِ، وخُصومةُ الطّالبِ بنَفسه حقُّه، فكذا خُصومةُ من قام مَقامَه.

وإن كان وَكيلَ الْمَطلوب.. فإن كانت الوَكالةُ بغَير التِماسِ الطّالبِ: صَحَّ عزلُه، وإن كانت بالتِماسه: لا يَصِحُّ عزلُه حالَ غَيبةِ الطّالبِ؛ لأن بالتَّوكيل ثَبَت نوعُ حقٍّ للطّالِب قِبَلَ الوَكيلِ، وهو أن يُحضِرَه مَجلِسَ الحُكمِ ويُخاصِمَه، ويُثبِتَ حقَّه عليه، فلو صَحَّ عزلُه يَبطُلُ هذا الحقُّ أصلًا؛ لأنه لا يُمكِنُه الخُصومةُ مع الوَكيلِ، والْمَطلوبُ ربما يَغيبُ قبلَ أن يَحضُرَ الطّالبُ، فلا يُمكِنُه الخُصومةُ معه أيضًا، وصار كالوَكالة الْمَشروطةِ في عَقد الرَّهنِ، فإن الرّاهنَ لا يَملِكُ عزلَ الوَكيلِ؛ لِما فيه من إبطال حقِّ الْمُرتَهِن.

بخِلاف ما إذا كان الطّالبُ حاضِرًا؛ فإن حقَّه لا يَبطُلُ أصلًا؛ لأنه إن لم يُمكِنه الخُصومةُ مع الوَكيلِ يُمكِنُه الخُصومةُ مع الْمَطلوبِ، ويُمكِنُه أن يَطلُبَ منه وَكيلًا آخرَ.

وبخِلاف ما إذا كان التَّوكيلُ بغَير التِماسِ الطّالبِ؛ حيث يَصِحُّ العزلُ حالَ غَيبةِ الطّالبِ، وإن كان يُبطِلُ حقَّ الطّالبِ؛ لأنه رَضِي ببُطلان حقِّه حيث لم يَلتمِس[1] التَّوكيلَ مع عِلمِه أن الْمُوكِّلَ ربما يَغيبُ، فلا يُمكِنَه الخُصومةُ معه.

فإن لم يَبلُغه العزلُ: فهو على وَكالته.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ: ينعزِلُ وإن لم يَبلُغه الخبرُ؛ لأنه بالعَزل يُسقِطُ حقَّ نفسِه؛ لأن نُفوذَ الوَكالةِ لِحَقِّ الْمُوكِّلِ، والمرءُ يَنفرِدُ بإسقاط حقِّ نفسِه، كالطَّلاق والعَتاقِ.

ولنا: أن في انعِزاله بغَير عِلمِه إضرارًا به؛ لأنه ربما يَتصرَّفُ بِناءً على أنه وَكيلٌ، ثم يَظهَرُ أنه غيرُ وَكيلٍ، فتَلحَقُه عُهدةٌ وضَمانٌ؛ لأنه إذا نَقَد من مال الْمُوكِّلِ أو سَلَّم الْمَبيعَ: يَضمَنُه، فيَتضرَّرُ به.

ولأن[2] العزلَ خِطابٌ مُلزِمٌ للوَكيل بأن يَمتنِعَ من التَّصرُّف، وحُكمُ الخِطابِ لا يَثبُتُ في حقِّ الْمُخاطَبِ ما لم يَعلَم به، كخِطابِ بالشَّرع، فلا يَثبُتُ حُكمُ العزلِ في حقِّه[3] ما لم يَعلَم به؛ دفعًا للضَّرر عنه.

ويَستَوي الوَكيلُ بالنِّكاح والطَّلاقِ؛ لِما ذَكَرنا.

ومَوتِ أحَدِهما، وجُنونِه مُطبِقًا، ولُحوقِه[4] مُرتَدًّا.

وتَبطُلُ الوَكالةُ بمَوت أحَدِهما، أي الْمُوكِّلِ أو الوَكيلِ، وجُنونِ أحَدِهما جُنونًا

---

(١) في (ج): حيث يلتمس ثم.

(٢) في (ب): لأن

(٣) في (ج): في حق المخاطب.

(٤) لحِقه -بالكسر- و لَحِق به لَحَاقًا -بالفتح-: أي أدركه. «المختار» ص٢٨٠.

مُطبِقًا، ولُحوقِ أحَدِهما بدار الحربِ مُرتدًّا؛ لأن الوَكالةَ عقدٌ جائِزٌ غيرُ لازِمٍ، فكان لبَقائه حُكمُ الابتِداءِ، فيُشترَطُ قِيامُ الأمرِ في كلِّ ساعةٍ، وبهذه العَوارِضِ يَبطُلُ أمرُه، فتَبطُلُ الوَكالةُ ضَرورةً.

وشُرِط أن يَكونَ الجُنونُ مُطبِقًا، أي مُستوعِبًا، من قَولهم: (أطبَق الغيمُ السَّماءَ) أي استَوعَبها؛ لأن كَثيرَه كالمَوت، وقَليلَه كالإغماء.

وحدُّ الجُنونِ الْمُطبِقِ شهرٌ عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنه يَسقُطُ به الصَّومُ عنه، وعنه: أكثرُ من يومٍ ولَيلةٍ؛ لأنه تَسقُطُ به الصَّلَواتُ الخمسُ عنه.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: حولٌ كامِلٌ، وهو الصَّحيحُ؛ لأن استِمرارَه حولًا كامِلًا مع اختِلافِ فُصولِه آيةُ استِحكامِه؛ لأنه تَسقُطُ به جَميعُ العِباداتِ، كالصَّلاة والصَّومِ والزَّكاةِ، أما ما دونَ الحولِ: فلا يَمنَعُ وُجوبَ الزَّكاةِ، فلا يَكونُ في مَعنى الموتِ.

قالُوا: الحُكمُ المَذكورُ في لُحوق الْمُوكِّلِ مُرتدًّا بدار الحربِ قولُ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأن تَصرُّفاتِ الْمُرتدِّ مَوقوفةٌ عندَه، فكذا وَكالتُه، فإن أسلَم نَفَذ، وإن قُتِل أو لَحِق بدار الحربِ: بَطَلت الوَكالةُ.

فأما عندَهما: فتَصرُّفاتُه نافِذةٌ، فلا تَبطُلُ الوَكالةُ إلا أن يَموتَ، أو يُقتَلَ على رِدّته، أو يُحكَمَ بلُحوقه، كما مَرَّ في السِّيَر.

وإن كان الْمُوكِّلُ امرَأةً، فارتَدَّت: فالوَكيلُ على وَكالته حتى يَموتَ أو يَلحَقَ بدار الحربِ؛ لأنه لا أثرَ لرِدّتها في عُقودها؛ لأنها ليست سببًا لهَلاكها.

فإن عاد الوَكيلُ مُسلِمًا: لم تَعُد الوَكالةُ عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأن قَضاءَ القاضِي بلَحاقه بمَنزِلة القَضاءِ بمَوته، وذلك إبطالٌ منه للوَكالة، وبعدَما تأكَّد بُطلانُ الوَكالةِ

بالقَضاء لا يَعودُ إلا بالتَّجديد؛ ألا تَرى أن الفُرقةَ الواقعةَ بينَه وبينَ امرَأتِه واقِعةٌ، والعَتَق في مُدبَّره وأُمِّ ولَدِه لا يَرتفِعُ، فكذا الوَكالةُ التي بَطَلت لا تَعودُ.

وعادت عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن صِحّةَ الوَكالةِ لحقِّ الْمُوكِّلِ، وحقُّه قائِمٌ بعدَ لَحاقِه بدار الحربِ، ولكنه عَجَز عن التَّصرُّف بعارِضٍ على شَرَف الزَّوالِ، فإذا زال صار كأن لم يكن، فبَقِي الوَكيلُ على وَكالته.

فأما إذا ارتَدَّ الْمُوكِّلُ ولَحِق بدار الحربِ، وقُضِي بلَحاقه بدار الحربِ.. فإن عاد مُسلِمًا: لم يَعُد الوَكيلُ على وَكالته، فأبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ سَوّى بينَهما، ومحمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ فَرَّق فقال: الوَكالةُ تَعلَّقت بمِلك[1] الْمُوكِّلِ، وقد زال مِلكُه بردّته ولَحاقِه، فبَطَلت الوَكالةُ على البَتات.

فأما بِردّة الوَكيلِ: فلم يَزُل مِلكُ الْمُوكِّلِ، فكان محَلُّ تَصرُّفِ الوَكيلِ[2] باقِيًا، ولكنه عَجَز عن التَّصرُّف بعارِضٍ، فإذا زال العارِضُ صار كأن لم يكن.

وعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه سَوّى بينَهما وقال: يَعودُ وَكيلًا كما كان فيهما؛ لأن الْمُوكِّلَ إذا عاد مُسلِمًا يُعادُ عليه مالُه على قَديم مِلكِه، وقد تَعلَّقت الوَكالةُ بقَديم مِلكِه، فيَعودُ الوَكيلُ على وَكالته.

وافتِراقِ الشَّريكَين، وعَجْزِ مُوكِّلِه لو مُكاتبًا، وحَجْرِه لو مَأذونًا.

وتَبطُلُ الوَكالةُ بافتِراق الشَّريكَين، وعجزِ الْمُوكِّلِ لو كان مُكاتبًا، وحَجْرِه لو كان مَأذونًا؛ لأن بَقاءَ الوَكالةِ يَعتمِدُ قِيامَ الأمرِ، وقد بَطَل بالافتِراق والعجزِ والحَجْرِ، وإذا كان التَّوكيلُ بالتَّقاضِي أو بقَضاء الدَّينِ: لا يَبطُلُ بالحَجْر والعجزِ؛ لأن وَكالتَه تَبقى في

(١) في (ج): بمال

(٢) في (هـ): الموكل.

كلُّ شيءٍ يَبقى مُطالَبًا[1] ومُطالِبًا.

ولا فرقَ بينَ العِلمِ وعدَمِه؛ لأن هذا عزلٌ حُكميٌّ، والعِلمُ شرطٌ للعَزل القَصديِّ لا للعَزل الحُكميِّ، كما إذا أعتَق العبدَ الذي وُكِّل ببَيعه.

وتَصرُّفِه بنَفسه.

وبتَصرُّفه بنَفسه، أي إذا وَكَّل آخرَ بشيءٍ، ثم تَصرَّف بنَفسه فيما وَكَّل به: بَطَلت الوَكالةُ؛ لفَوات محَلِّه.

ويَندرِجُ تحتَ هذا اللَّفظِ ما لو وَكَّله بإِعتاق عبدِه أو بكِتابته، أو بتَزويج امرَأةٍ، أو بشِراء شيءٍ، أو بطَلاقٍ، أو بخُلعٍ، أو ببَيع عبدِه، فأعتَق، أو كاتَب، أو تَزوَّج[2]، أو اشتَرى، أو طَلَّق ثَلاثًا أو واحِدةً، ومَضَت عِدّتُها، أو خالَعها، أو باع بنَفسه.

وهذا لأنه لَمّا فَعَل ذلك الشَّيءَ بنَفسه تَعذَّر على الوَكيل[3] ذلك الفِعلُ، فتَبطُلُ الوَكالةُ ضَرورةً، حتى إن الْمُوكِّلَ إذا طَلَّقها واحِدةً والعِدّةُ قائِمةٌ: بَقِيت الوَكالةُ؛ لأنه أمكَن تَنفيذُ ما وُكِّل به.

ولو تَزوَّجها بنَفسه، وأَبانها: لم يكن للوَكيل أن يُزوِّجَها منه؛ لزَوال حاجتِه، بخِلاف ما لو تَزوَّجها الوَكيلُ وأَبانها؛ حيث يَكونُ له أن يُزوِّجَ الْمُوكِّلَ؛ لأن الحاجةَ قائِمةٌ.

فلو رُدَّ عليه بعَيبٍ بقَضاءٍ: عاد الوَكيلُ على وَكالته في ظاهِر الرِّوايةِ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه ليس للوَكيل أن يَبيعَه؛ لأنه لَمّا انعَزَل ببَيعه بنَفسه لا يَعودُ وَكيلًا إلا بتَجديد الوَكالةِ.

---

(١) في (ب): مطلوبًا.

(٢) في (هـ): زوج.

(٣) في (ج): الموكل.

وجهُ الظّاهرِ: أن الوَكالةَ إطلاقُ التَّصرُّفِ، والعزلُ لم يُوجَد صَريحًا، وإنما امتَنَع بعارِضٍ وقد زال، بخِلاف ما لو وَكَّله بالهِبة، فوَهَب بنَفسه، ثم رَجَع: لم يكن للوَكيل أن يهَبَ؛ لأن التَّوكيلَ بالبَيع للحَاجة، والحاجةُ لم تَنقضِ؛ لأن الرَّدَّ بقَضاءٍ بلا اختياره، فلم يكن دَليلَ زَوالِ الحاجةِ، فإذا عاد إليه قَديمُ مِلكِه فله أن يَبيعَه، أما[1] الواهِبُ: فمُختارٌ في الرُّجوع، فتَبيَّن برُجوعه عدَمُ حاجتِه إلى الهِبة؛ إذ لو كان مُحتاجًا لَمَا رَجَع فيه، فكان دَليلًا على نَقض الوَكالةِ.

---

(١) في (هـ): وأما.

فَصْلٌ

[في مسائل متفرِّقة]

هَلاكُ الثَّمَنِ في يَد الوَكيلِ على آمِره إن دَفَع قبلَ الشِّراءِ، وعليه لو بعدَه، أو نَقَد فرَدَّ لأنه زَيفٌ، لا سَتُّوقٌ.

الأصلُ: أن قبضَ الوَكيلِ قبضُ أمانةٍ، إلا أن يَنقلِبَ اقتِضاءً للدَّين قصدًا، فيكونُ مَضمونًا.

هَلاكُ الثَّمَنِ في يَد الوَكيلِ على آمِره، إن كان الآمِرُ دفَعه إليه قبلَ الشِّراءِ؛ لأنه أمانةٌ في يَد الوَكيلِ، وعلى الوَكيل لو دَفَع الثَّمَنَ إليه بعدَ الشِّراءِ؛ لأنه متى اشتَرى وَجَب له على الْمُوكِّل دينٌ، فإذا قَبضه وَقَع اقتِضاءً للدَّين، فيَهلِكُ عليه.

وكذا لو نَقَد الْمُشتَري الثَّمَنَ للبائع، وقد كان الآمِرُ دفَعه إليه قبلَ شِرائِه، فرَدَّه البائعُ لأنه زَيفٌ: فإنه يَهلِكُ من مال الْمَأمورِ؛ لأنه لَمّا نَقَد صار مُقتضِيًا ثم قاضِيًا؛ لِما عُرِف أن الشِّراءَ بالوَكالة يُوجِبُ دينَين، والقَضاءُ وإن انتقَض بالرَّدِّ لا يَبطُلُ الاقتِضاءُ؛ لأنه لا يَقبَلُ الانتِقاض ما دام في يَد الْمُقتَضي.

ولو كان سَتُّوقًا كان هَلاكُه من مال الآمِرِ إذا رَدَّه البائعُ؛ لأنه ليس[1] من جِنس حقِّه، فلم يَصِر مُقتضِيًا، فبَقِي في يَده أمانةً.

وَكيلٌ قال: (بِعتُ، وسَلَّمتُ، وقَبَضتُ الثَّمَنَ، وهَلَك)، أو: (دَفَعتُه): صُدِّق، فإن

(١) سقطت من (ج).

رُدَّ بعَيبٍ: غَرِم الثَّمَنَ، ولا يَرجِعُ على الآمِر، وبِيعَ فيه، وفضلُه له.

وَكيلٌ قال: (بِعتُ، وسَلَّمتُ، وقَبَضتُ الثَّمَنَ، وهَلَك)، أو: (دَفَعتُه إلى الآمِر): صُدِّق؛ لأنه أخبَرَ عما هو مُسلَّطٌ عليه، فيُقبَلُ قولُه فيه؛ لأنه مُؤتمَنٌ من جِهَته.

فإن رَدَّ الْمُشتَرِي الْمَبيعَ بعَيبٍ: غَرِم الوَكيلُ الثَّمَنَ للمُشتَري؛ لأنه أقَرَّ باستيفائه، ولا يَرجِعُ على الآمِرِ؛ لأن قولَه مُعتبَرٌ في نَفي الضَّمانِ لا في الإيجاب على الغَير، وباع القاضِي الْمَبيعَ، ويُوفِي البائِعَ ما أدّى إلى الْمُشتَرِي، وفضْلَه للآمِر؛ لأنه بدَلُ مِلكِه.

ولو أقَرَّ الآمِرُ بقَبضه، لا بهَلاكه، ودَفعه: رَجَع.

ولو أقَرَّ الآمِرُ بقَبض الْمَأمورِ الثَّمَنَ، وأنكر هَلاكَه، أو دَفعه إليه: رَجَع الْمَأمورُ على الآمِرِ؛ لأن إقرارَه بقَبض الوَكيلِ إقرارٌ بأن الْمَقبوضَ واقِعٌ له، ويدُ الوَكيلِ يدُ أمانةٍ.

ولو وَكَّل، ولم يُسلِّم: لم يُصدَّق، ونَقَد الْمُشتَرِي، وأخَذ، أو فَسَخ ورَجَع.

ولو وَكَّله بالبَيع ولم يُسلِّم إليه، فادَّعى الْمَأمورُ أنه باع وقَبَض الثَّمَنَ وهَلَك عندَه أو دَفَع إلى المالِك: لم يُصدَّق الوَكيلُ على شيءٍ من ذلك، ويُقالُ للمُشتَرِي: (إن شِئتَ فانقُد الثَّمَنَ وخُذ الْمَبيعَ، وإلا فافسَخ البيعَ، وارجِع على الوَكيل بما أدَّيتَ من الثَّمَن).

وَكَّله ببَيع أمةٍ بينَهما، فباع، وأقَرَّ الآمِرُ بقَبضه الثَّمَنَ: سَقَط حظُّه، وسَلَّم ما بَقِي للبائِع، وحَلَّفه.

وَكَّل شَريكَه ببَيع أمةٍ بينَهما، فباع، وأقَرَّ الآمِرُ بقَبضِ البائِعُ الثَّمَنَ، وكَذَّبه البائِعُ: سَقَط حظُّ(1) الآمِرِ؛ لأنه أقَرَّ أن الْمُشتَرِيَ بَرِئٌ عن كلِّ الثَّمَنِ، وهو يَملِكُ إبراءَه عن حظِّه فقط، فيَنفُذُ إقرارُه عليه، وسَلَّم ما بَقِي للبائِع، وحَلَّفه بالله ما قَبَض ما ادَّعى الآمِرُ.

---

(1) في (ب): حق.

وبعكسه: سَقَط حظُّه، وما بَقِي بينَهما، ولكلٍّ تَحليفُ صاحِبِه.

وإن أقَرَّ البائِعُ أن الآمِرَ قَبَض الثَّمنَ، وأنكر الآمِرُ[1]: سَقَط حظُّه[2] أيضًا[3]، وما بَقِي بينَهما؛ لأن قولَه مَقبولٌ في البَراءة دونَ إبطالِ الشِّرْكةِ، ولكلِّ واحِدٍ تَحليفُ صاحِبِه على ما ادَّعى.

وَكَّل مَديونَه أو غيرَه أن يَبرأَ، أو يُحلِّلَ، أو يَهَبَ، ففعَل: صحّ، كما لو سَأله، فقال: (ذاك إليك).

وَكَّل مَديونَه أو غيرَه أن يُبرِئَ دَينَه، أو يُحلِّلَه، أو يهَبَ له، ففعَل: صَحّ؛ لأن التَّوكيلَ حَصَل بما يَملِكُه الْمُوكِّلُ.

وكذا لو سَأله أن يُبرِئَه، فقال: (ذاك إليك)، فأبرَأ نفسَه: جاز.

وكذا الطَّلاقُ والعَتقُ، لا الكِتابةُ.

وكذا لو قال العبدُ: (أعتِقني)، أو قالت الْمَرأةُ: (طَلِّقني)، فقال: (ذاك إليكِ)، فطَلَّقت نفسَها، أو أعتَق نفسَه: جاز، كأنه قال: (جَعَلتُ إليكِ ما سَألتِني).

ولو أمَر عبدَه أن يُكاتِبَه، فكاتَب نفسَه: لم يَصِحَّ؛ لأنه يُؤدِّي إلى التَّضادّ؛ لأنه مُعاوَضةٌ، بخِلاف ما مَرّ؛ لأنها تَتِمُّ بالواحِد[4]، فلا[5] يُؤدِّي إلى التَّضادّ.

وتَحليلُ طَعامِ الوَديعةِ إباحةٌ.

---

(١) في (أ): المأمور.

(٢) في (ب): حقه.

(٣) مثبتة من (أ).

(٤) في (ب) و(ج): بالواحدة.

(٥) في سوى (أ) و(د): ولا.

وتَحليلُ طَعامِ الوَديعةِ إباحةٌ لا تَمليكٌ، حتى لا يَملِكُ التَّمليكَ من غَيره؛ لأنه من أَلفاظ الإباحةِ.

(ضَعْ ثُلُثي حيث شِئتَ): له وضعُه في نَفسه.

ولو أَوصى إلى رَجُلٍ، فقال له: (ضَع ثُلُثَ مالِي حيث شِئتَ): له وضعُه في نَفسه.

أُمِر ببَيعٍ، فباع فاسِدًا: لم يُخالِف، إلا أن يَبيعَ بأَقَلَّ مما أُمِر، أو يَزيدَ في أَجَلٍ أُمِر به، وكذا الشِّراءُ.

أُمِر ببيعٍ، فباع بيعًا فاسِدًا: لم يكن مُخالِفًا؛ لأن الأمرَ مُطلَقٌ، وهو يُفيدُ مُوجَبَه؛ إلا أن يَبيعَ بأَقَلَّ مما أُمِر به، أو يَزيدَ في أَجَلٍ أُمِر به، وكذا الْمَأمورُ بالشِّراء.

وببَيع عبدِه بألفٍ، فباع به، وبِرِطْل خمرٍ غيرِ عَينٍ: لم يُخالِف، وخالَف(س م) بحِصّتها لو عَينًا، ولو مَيْتةً، أو دمًا: لا.

ولو أُمِر ببَيع عبدِه بألفٍ، فباع به وبِرِطل خمرٍ غيرِ عَينٍ: لم يكن مُخالِفًا؛ لأنه زاد في الثَّمَن، فكان خِلافًا إلى خيرٍ.

وإن كانت مُعيَّنةً[1]: كان مُخالِفًا بحِصّتها دونَ ما بَقِي عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنه وَكَّله بالبَيع، وهو شِراءٌ في حِصّة الخمرِ؛ لأن الخمرَ إذا كانت مُعيَّنةً كانت مَبيعةً، فعندَه: يُقسَمُ العبدُ على الألَف والخمرِ، فيَضمَنُ الوَكيلُ حِصّةَ الخمرِ لا غيرُ، وعندَهما: يَضمَنُ كلَّ القِيمةِ؛ بِناءً على أن الوَكيلَ ببَيع العبدِ إذا باع بعضَه[2] يَصِحُّ عندَه، وعندَهما: لا يَصِحُّ.

---

(١) في (أ) و(د): عينًا.

(٢) في (ج): نصفه.

فإن قيل: إنما لا يَملِكُه عندَهما إذا باع ببَعض الثَّمَنِ، أما إذا باع بكُلِّه: فلا.

قُلنا: نعم إذا كان صَحيحًا؛ لارتِفاع ضرَرِ التَّبعيض بحُصول الْمُسمّى، وهنا لا يَحصُلُ؛ للفَساد.

وإن كان مَكانَ الخمرِ ميتةً أو دمًا بعَينٍ أو بغَير عَينٍ: لم يكن مُخالفًا؛ لأنه لا قيمةَ لِما زاد، فلم يُقابِله شيءٌ من العَبد، فبَقِي كلُّه بإزاء الألفِ.

والكُرُّ[1] كالعَبد.

ولو كان مَكانَ العبدِ كُرَّ بُرٍّ: فالجَوابُ فيه كالجَواب في العَبد، إلا أن هذا بالاتِّفاق؛ لأنه يَملِكُ بيعَ بعضِه إجماعًا؛ لأنه لا ضرَرَ في التَّفريق.

وبَيع عبدِه من نَفسه، فباعَه[2] إلى العَطاء[3]: صحّ، بخِلاف البيعِ، وعَتَق، والقبضُ لسَيِّده، وثَمّةَ للوَكيل.

ولو أمَره ببَيع عبدِه من نَفسه بألفٍ، فباعه إلى العَطاء: صَحّ؛ لأنه أمَره بإعتاقه، فصَحَّ مع جَهالةِ الأجَلِ، بخِلاف البيعِ، وعَتَق.

والقبضُ لسَيِّده في الْمَسألة الأُولى؛ لأن التَّوكيلَ حَصَل بالإعتاق، فتَرجِعُ الحُقوقُ إلى الآمِر، وثَمَّ للوَكيل؛ لِما عُرِف.

دَفَع ألفًا، وأمَر أن يَشتريَ به عبدًا، ويَزيدَ مِن عِنده إلى خَمسمائةٍ، فاشتَرى، وادَّعى الزِّيادةَ، وأنكَر الآمِرُ: تَحالَفا، وقُسِم أثلاثًا.

---

(١) في (ف): والحر.

(٢) سقطت من (م) و(ن).

(٣) العطاء: ما يعطاه الجنود ونحوهم من المال من بيت المال سنويًا. «لغة الفقهاء» ص ٣١٥.

دَفَع إلى رَجُلٍ ألفًا، وأمَره أن يَشتريَ به عبدًا، ويَزيدَ مِن عِنده إلى خَمسمِائةٍ، فاشتَرى وادَّعى أنه زاد خَمسَمائةٍ، وأنكَر الآمِرُ: تَحالَفا، وقُسِم العبدُ أثلاثًا، ثُلُثاه للآمِر بألفٍ، وثُلُثُه للوَكيل بخَمسمِائةٍ؛ لأنهما إذا حَلَفا لم يَثبُت قولُ كلِّ واحِدٍ منهما على صاحِبه، وثَبَت في حقِّ نفسِه.

صحَّ(س) إبراءُ الوَكيلِ، وحطُّه[1]، وإقالتُه، وتأخيرُه، وحَوَالَتُه، وضَمِن.

صَحَّ إبراءُ الوَكيلِ بالبَيع، وحطُّه، وإقالتُه، وتَأخيرُه، وقَبولُ[2] الحَوالةِ، وضَمِن للمُوكِّل؛ لأنه عاقِدٌ لنَفسه في حقِّ مَن عاقَدَه، ولهذا كانت الحُقوقُ تَرجِعُ إليه، فتَصِحُّ هذه الأشياءُ منه، كالمالِك، إلا أنه يَضمَنُ للمُوكِّل؛ لأنه في حقِّ الْمُوكِّلِ عاقِدٌ للمُوكِّل.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يَصِحُّ شيءٌ من ذلك؛ لأنه تَصرُّفٌ بغَير مِلكٍ ولا أمرٍ، فلا يَصِحُّ، كالإعتاق.

فإن أقَرَّ أن الآمِرَ قَبَضه، أو غَصَب أو استقرَض مِثلَه بعدَ البيعِ: لا يَضمَنُ، وبَرِئ الْمُشتَري، وقبْلَه: بَرِئ، وضَمِن.

فإن أقَرَّ أن[3] الآمِرَ قَبَضه، أو غَصَبه، أو استَقرَض مِثلَه بعدَ البيعِ: لا يَضمَنُ؛ لأنه لو فَعَل بنَفسه لا يَضمَنُ، فكذا إذا أقَرَّ على مُوكِّله، وبَرِئ الْمُشتَري؛ لأنه أقَرَّ باستِيفاءٍ صَحيحٍ.

ولو أقَرَّ أنه غَصَبه أو استَقرَض قبلَ البيعِ: بَرِئ الْمُشتَري، وضَمِن الوَكيلُ؛ لأنه ما أقَرَّ بالاقتِضاء؛ لسَبق القرضِ، فكان كالإبراء.

---

(١) الحط من الدين أو المهر: الإبراء من جزء منه. «لغة الفقهاء» ص١٨١.

(٢) في (أ): وتأخيره قبول.

(٣) في (أ) و(ب): فإن إقرار.

وكذا لو أقرَّ بالْمُقاصّة بأُجرةٍ، ومهرٍ، وجِنايةٍ.

وكذا لو أقرَّ بالْمُقاصّة بأُجرةٍ، أو مهرٍ، أو جِنايةٍ، قبلَ البيعِ أو بعدَه؛ لأن القبضَ بالْمُقاصّة ليس من مُقتضَيات العقدِ.

نَقَد الآمِرُ ثَمَنَ ما اشتَرى وَكيلُه، وأتلَفه: حَبَسه البائِعُ به، وطُولِب وَكيلُه به، فلو مُعسِرًا: نَقَده آمِرُه، ورَجَع به، وإلا بِيعَ بِرِضاه(س م)، وفضلُه له، وبَخْسُه[1] على الوَكيل.

نَقَد الآمِرُ ثَمَنَ ما اشتَرى وَكيلُه، وأتلَفه: حَبَس البائِعُ الْمَبيعَ لاستِيفاء الثَّمَنِ؛ لأن للبائِع حقَّ حبسِ الْمَبيعِ لاستِيفاء الثَّمَنِ، وطُولِب وَكيلُه به؛ لتَعلُّق الحُقوقِ به.

فلو كان الوَكيلُ مُعسِرًا: نَقَده آمِرُه إن شاء، ورَجَع به على الوَكيل، كمُعير الرَّهنِ، وإن لم يَنقُد: بِيعَ بِرِضا الْموكِّلِ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعندَهما: لا يُشترَطُ رِضاه، وهي فرعُ الحَجْرِ على الحُرّ، فإن فَضَل فهو للمُوكِّل؛ لأنه بدَلُ مِلكِه، وإن نَقَص فعلى الوَكيل.

وَكيلٌ اشتَرى عبدًا، ومات في يَده، فاستُحِقّ: ضَمِن الْمُشتَري، ورَجَع على بائِعه بثَمَنه، ورَدَّه على آمِره إن نَقَد من ماله.

وَكيلٌ اشتَرى عبدًا، ومات في يَده، فاستُحِقّ: ضَمَّن الْمُستحِقُّ الْمُشتريَ إن شاء؛ لأنه غاصِبٌ بالقَبض، ورَجَع الْمُشتَري على بائِعه بثَمَنه، ورَدَّه على آمِره إن نَقَد من ماله.

ولو آبِقًا: مَلَكه، أو البائِعَ، لا الآمِرَ.

ولو وَكيلًا بقَبضه فقط: ضَمَّنه أيضًا.

---

(١) البخس: الناقص، يقال: شراه بثمن بخس، وقد بخسه حقه: أي نقصه، وبابه قطع. «المختار» ص٣٠.

البخس: نقص الشيء على طريق الظلم، وبخست العين: فقأتها وبخصتها، خسفتها أو أدخلت الإصبع فيها. «التوقيف» ص٧٢.

وإن كان العبدُ آبِقًا مَلكه الْمُشتَري بضَمان القِيمةِ، وإن شاء ضَمَّن الْمُستحِقُّ البائِعَ؛ لأنه غاصِبٌ بالتَّسليم، ولا يُضمِّنُ الآمِرَ؛ لعَدَم القبضِ منه.

ولو كان الآمِرُ هو الذي اشتَرى، ووَكَّل وَكيلًا بقَبضه: ضَمَّن الْمُستحِقُّ الآمِرَ أيضًا.

أما الوَكيلُ والبائِعُ: فلما مَرّ، وأما الآمِرُ: فلأن الوَكيلَ بالقَبض نائِبٌ[1]، حتى صَحَّ نهيُه عن القَبض، فانتَقَل فِعلُه إليه، بخِلاف الوَكيلِ بالشِّراء؛ لأنه أصيلٌ في القَبض، حتى لا يَصِحُّ نهيُه، فلا يَصيرُ[2] الآمِرُ غاصِبًا به.

باع، ووَكَّله بقَبض ثَمَنِه، فقال: (قَبضتُ وهَلَك)، أو (دَفعتُ): صُدِّق، فإن رَدَّ: لا[3] يَضمَنُ، وبِيعَ فيه.

باع ووَكَّل رَجُلًا بقَبض ثَمَنِه، فقال: (قَبضتُ وهَلَك)، أو (دَفعتُه إلى البائِع)، وأنكَر البائِعُ: صُدِّق؛ لأنه مُسلَّطٌ عليه، فإن وَجَد الْمُشتَري بالعَبد عَيبًا: رَدَّه على البائِع؛ لأنه الخصمُ، وليس عليه شيءٌ من ضَمان الثَّمَنِ؛ لأنه لا يَنفُذُ إقرارُ الوَكيلِ عليه، ولا يُضمَّنُ الوَكيلَ؛ لأنه أمينٌ باتِّفاقهم، وبِيعَ العبدُ فيه، فإن فَضَل فللآمِر، وإن نَقَص فلا شيءَ.

والوَصِيُّ كالوَكيل بعدَ بُلوغِ الصَّغيرِ.

والوصِيُّ كالوَكيل بعدَ بُلوغِ الصَّغيرِ، أي إذا باع الوصِيُّ، وأقَرَّ بقَبض الثَّمَنِ، وأنه ضاع عندَه، أو[4] أنفَق على الوَرَثة، ثم كَبِرت الوَرَثةُ، وأنكَروا البيعَ، أو أقَرُّوا به وأنكَروا قَبْضَ الثَّمَنِ: فالقولُ للوصِيّ؛ لأنه مُسلَّطٌ على البَيع وقبضِ الثَّمَنِ.

---

(١) في (ب) و(هـ): ثابت.

(٢) في (أ): فلا يصح، وفي (هـ): فلا يصلح.

(٣) سقطت من (م).

(٤) في (هـ): و.

فإن وَجد الْمُشتَري بالعَبد الْمَبيع عَيبًا: رَدَّه على الوصِيّ، وضَمِن له الوصِيُّ الثَّمَنَ؛ لإقراره بالقَبض، ولا يَرجِعُ بالتَّرِكة أو الورثةُ؛ لأن قولَه لا يُقبَلُ في حقِّهم، ولكن يُباعُ العبدُ بحقِّه.

أقَرَّ أمينُ قاضٍ ببَيع التَّرِكةِ، وقبضِ الثَّمَنِ، وإيفاءِ الغَريمِ، وكَذَّب[1] الكلَّ، أو الإيفاءَ: بَرِئ مُشتَريه.

أقَرَّ أمينُ القاضِي ببَيع التَّرِكةِ، وقبضِ الثَّمَنِ، وإيفاءِ الغَريمِ، وكَذَّب الغَريمُ الكلَّ، أو الإيفاءَ: فالقولُ للأَمِين، ويَبرأُ مُشتَرَيه.

والغَريمُ خصمٌ في عَيبه[2]، لا لغَريمٍ آخَرَ.

فإن وَجد الْمُشتَري به عَيبًا: في عَيبه إن[3] أقَرَّ بقَبض الأمينِ الثَّمَنَ؛ لأنه لَمّا أقَرَّ بالبَيع وقبضِ الثَّمَنِ صار مُقِرًّا بأن البيعَ وَقَع له؛ لأنه ما بِيعَ إلا لأَجله، وقد تَعذَّر إلحاقُ العُهدةِ على العاقِد؛ لأنه كالقاضِي، فيَلتحِقُ على من يَعودُ إليه[4] نفعُه.

ولا يَكونُ الغَريمُ الأوَّلُ خصمًا لغَريمٍ آخَرَ إن أثبَت دَينَه على الميْت؛ لأن الأمينَ مُصدَّقٌ في حقِّ بَراءةِ نفسِه لا في إلزام الضَّمانِ على الغَير.

ولو باع القاضِي، وأشهَد على كلِّه: شارَكه الغَريمُ الثَّانِي.

ولو باع القاضِي، وأشهَد شاهِدَين على أنه باع من فُلانٍ وسَلَّم، ودَفَع الثَّمَنَ إلى

---

(١) أي الغريم.

(٢) في (س) و(ف): غيبته.

(٣) أي فهو خصم في عيبه إن...، وفي (ب): في غيبته إن، وفي (ج): في غيبة الآمر إن، وفي (هـ): في غيبة الأمين إن.

(٤) في (ج) و(هـ): عليه.

الغَرِيم، وأنكَر هو، ثم عُزِل أو مات، وأثبَت الغَريمُ الثّانِي دَينَه عندَ الثّانِي: شارَكَ الغَريمُ الثّانِي الأوّلَ؛ لأن قولَ القاضِي حُجّةٌ في حقِّ الكلِّ.

بَطَل تَوكُّلُ الكَفيلِ، وعكسُه، واحتِيالُ[1] الوَكيلِ، بخِلاف صُلحِه، وقَضائِه.

بَطَل تَوكُّلُ[2] الكَفيلِ أو عكسُه؛ لأنه اشتِراطُ الأمانةِ في مَوضِع الضَّمانِ، أو اشتِراطُ الضَّمانِ في مَوضِع الأمانةِ، وكِلاهما باطِلان، كاشتِراط الضَّمانِ على الْمُودَع والْمُستعيرِ والْمُضارِبِ، وقد مَرَّت الْمَسألتان.

وبَطَل احتِيالُ الوَكيلِ، أي إذا قَبِل الحَوالةَ للآمِر، بأن أَحال الْمُشتَري الآمِرَ بالثَّمن على الوَكيل، وقَبِل الحَوالةَ: كان باطِلًا؛ لأنها لو صَحَّت لضَمِن الوَكيلُ الثَّمنَ، فيُؤدِّي إلى ما ذَكَرنا، بخِلاف صُلحِ الوَكيلِ مع الْمُوكِّلِ على أمةٍ بعَينها للوَكيل؛ فإنه يَجوزُ.

وكذا إذا قَضى الوَكيلُ للآمِرِ الثَّمنَ عن[3] الْمُشتَري مُتبرِّعًا: صَحّ.

وبيعُه عَرْضًا بثَمَنٍ على مُشتَرِيه، وصُلحُه، أو قَضاؤُه: كذلك، وإحالةُ آمِرِه بثَمَنه، ويَصِحُّ وَكالةً.

وبَطَل بيعُه عَرْضًا بثَمَنٍ له على مُشتَرِيه.

وكذا لو صالَح أو قَضى على أن يَكونَ الثَّمنُ له: بَطَل؛ لأنه تَمليكُ الدَّينِ من غَير مَن عليه الدَّينُ.

وكذا إن أَحال الوَكيلُ الآمِرَ بالثَّمن على الْمُشتَري لم يكن حَوالةً؛ لأن الحَوالةَ نقلُ

---

(١) أي حوالته.

(٢) في سوى (أ) و(هـ): توكيل.

(٣) في (ب) و(ج): على.

الدَّينِ من ذِمّةٍ إلى ذِمّةٍ، فيقتضي قِيامَ الدَّينِ في ذِمّة الوَكيلِ ليَنقُلَه إلى ذِمّة[1] الْمُشتَري، ولا دَينَ في ذِمّة الوَكيلِ، ولكن تَصِحُّ وَكالةً[2]؛ لأن حقَّ الْمُطالَبةِ بالثَّمَن للوَكيل بحُكم العقدِ، فجاز أن يُوكِّلَ الآمِرَ به، فحُمِل على الوَكالة تَصحيحًا لتَصرُّفهما.

ونهيُ مُودَعَه عن القَبض بعدَ بيعِه، ونهيُ الوَكيلِ(س) بالبَيع عن تَسليمه بعدَه حتى يَقبِضَ، بخِلاف (لا تَبعْ إلا بمَحضَره)، أو (حتى تَشهَدَ) أو (تَقبِضَ الثَّمَنَ) أو (لا تَقبِض إلا ببيِّنةٍ) بعدَ أن باع بنَفسه.

وبَطَل نهيُ مُودَعِه عن القَبض بعدَ بيعِه؛ لأن اليدَ ثابِتةٌ له عندَ البيعِ، فلا يَملِكُ إبطالَه، وبَطَل نهيُ الوَكيلِ عن التَّسليم بعدَ البيعِ إلى الْمُشتَري حتى يَقبِضَ الثَّمَنَ منه؛ لأن النَّهيَ وَقَع عما هو حقٌّ للمَنهيِّ، فبَطَل.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَصِحُّ؛ لأن الحُقوقَ تابِعةٌ للعَقد، والتّابعُ لا يُفارِقُ الْمَتبوعَ، بخِلاف ما لو قال: (لا تَبع إلا بمَحضَر فُلانٍ)، أو (حتى يَشهَدَ)، أو (حتى يَقبِضَ الثَّمَنَ)؛ فإنه يَصِحُّ؛ لأن البيعَ حقُّه، فصَحَّ تَقييدُه.

ولو باع بنَفسه[3]، ثم قال: (لا يَقبِضُ ثَمَنَه إلا ببيِّنةٍ أو بمَحضَر فُلانٍ): صَحّ؛ لأن التَّوكيلَ جَرى في القَبض، فلا يُملَكُ إلا على الوَصف الْمَأمورِ به.

و(بِعْه غدًا)، أو (بنقدٍ)، أو (من فُلانٍ): تَقيَّد، و(في السُّوق): لا(ز).

ولو قال: (بِعه غدًا)، أو (بنقدٍ)، أو (من فُلانٍ): تَقيَّد، حتى لو باعه في اليَوم، أو بالنَّسيئة، أو من غَيره: لا يَجوزُ؛ لأن التَّقييدَ مُفيدٌ.

---

(١) مثبتة من (د) و(هـ).

(٢) في (ج): وكالته، وفي (د): حوالة.

(٣) في (ج): ببينة.

ولو قال: (بِعه في السُّوق): لا يَتقيَّدُ به، حتى لو باع في داره جاز؛ لأنه غيرُ مُفيدٍ، وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَجوزُ؛ لأنه خالَف.

أُمِر ببَيعه، فباع، وقَبَض من بَيت آمِره، فمات: لم يَضمَن، ويَستردُّ منه أو من مُشتريه، ولو قَبَضه قبلَ بيعِه، ونُهِي عن قَبضه، فمات قبلَه أو بعدَه: ضَمِن القِيمةَ، ولو سَلَّمه بَرِئ.

أُمِر[1] ببَيعه، فباع وقَبَضه من بَيت آمِره، فمات في يَده: لم يَضمَن؛ لأنه ثَبَت له حقُّ القبضِ ليُسلِّمَ، وللآمِر أن يَستردَّ منه أو من مُشتَريه.

ولو قَبَضه قبلَ بيعِه وقد نَهاه عن قَبضه، فمات قبلَ البيعِ أو بعدَه: ضَمِن القِيمةَ؛ لأنه لم يكن له حقُّ القبضِ قبلَ البيعِ، فصار غاصِبًا بالقَبض، فلا يَنتَفي الضَّمانُ بالبَيع.

ولو سَلَّمه بَرِئ من ضَمانه؛ لأنه صار مَضمونًا في يَد الْمَشتَري بالثَّمَن، فلم يَبقَ ضَمانُ القِيمةِ.

رَضِي وَكيلُه بعَيبه: جاز عليه، وخُيِّر الآمِرُ، وهَلاكُه قبلَه عليه، ورَجَع بعَيبه على الْمَأمور، وكذا إن تَعيَّب عندَه.

رَضِي الوَكيلُ بالشِّراء بالعَيب: جاز عليه دونَ الآمِر، وللآمِر الخِيارُ، إن شاء رَضِي به وإن شاء ألزَمه الثَّمَنَ، فإن هَلَك قبلَ إلزامِه: هَلَك على الآمِر؛ لأن يدَه كيَده، ورَجَع بحِصّة العَيبِ على الْمَأمور، وكذا إن تَعيَّب عندَ الْمَأمورِ.

وإن ألزَمه الآمِرُ، فوُجِد به عَيبٌ كان عندَ البائِع: لم يَرُدَّه.

وإن ألزَمه الآمِرَ، فوَجَد الوَكيلُ به عَيبًا كان عندَ البائِعِ: لم يَرُدَّه على البائِع؛ لأنه

---

(١) في (ج) و(هـ): أمره.

جُعِل كأنه باعه من الْمُوكِّل، ثم رَدَّ الْمُوكِّلُ عليه بغَير قَضاءٍ، والرَّدُّ بغَير قَضاءٍ بيعٌ جَديدٌ في حقِّ الثّالثِ، فلا يَرُدُّه على بائِعه ولا على مُوكِّله؛ لأنه لا يُفيدُ؛ لأنه لو رَدَّه عليه بحُكم هذا العَيبِ لرَدَّه الْمُوكِّلُ عليه أيضًا؛ لأنه اشتَراه منه.

(أمرُ امرَأتي بيَدك، فطَلِّقها)، وعكسُه: تَمليكٌ في بائِنةٍ.

قال لأجنَبيٍّ: (أمرُ امرَأتي بيَدك فطَلِّقْها): فهو تَمليكٌ في بائِنةٍ؛ لأن الفاءَ للتَّفسير، والتَّفويضُ حَصَل بالكِناية.

(طَلِّقها، فقد جَعَلتُه إليك)، وعكسُه: تَمليكٌ في رَجعيّةٍ.

ولو قال: (طَلِّقها فقد جَعَلتُه إليك)، أو عَكَسه: فهو تَمليكٌ في رَجعيّةٍ؛ لأن التَّفويضَ في صَريح الطَّلاقِ.

(طَلِّقها، فأبِنْها)، وعكسُه: تَوكيلٌ في بائِنةٍ، وبالواو: في بائِنةٍ ورَجعيّةٍ.

ولو قال: (طَلِّقها فأبِنْها)، أو عَكَسه: فهو تَوكيلٌ في بائِنةٍ؛ لأن مَعناه: أبِنْها بذلك الطَّلاقِ.

ولو قال: (طَلِّقها وأبِنْها): فهو تَوكيلٌ في بائِنةٍ ورَجعيّةٍ.

(طَلِّقها، وقد جَعَلتُ أمرَها بيَدك): تَوكيلٌ وتَمليكٌ.

ولو قال: (طَلِّقها، وقد جَعَلتُ أمرَها بيَدك): فهو تَوكيلٌ وتَمليكٌ.

قال لسِمسارٍ[1]: (اشتَرِ لي بهذا الألفِ): صُرِف إلى ما يَشتَريه.

ولو قال لسِمسارٍ: (اشتَرِ لي بهذا الألفِ): يَنصرِفُ إلى ما يَشتَريه ذلك السِّمسارُ؛ للعُرف.

(١) السمسار: معرب سيب سار بالفارسية، هو: المتوسط بين البائع والمشتري، والساعي للواحد منهما، يعني من يعمل للغير بالأجرة بيعًا وشراءً، ويقال له: الدلال، وقيل غيره. «التعريفات الفقهية» ص١١٦.

(خُذ هذا الثَّوبَ بِضاعةً): تَوكيلٌ ببَيعه، ولو (مُضارَبةً): تَفسُدُ، وله أجرُ مِثلِه، كـ (اشتَرِ لي به أمةً على أن أُعطِيَك دِرهَمًا).

ولو قال: (خُذ هذا الثَّوبَ بِضاعةً): فهو تَوكيلٌ ببَيعه لا غيرُ.

ولو قال: (خُذ هذا الألفَ مُضارَبةً): يَفسُدُ؛ لجَهالة حِصّةِ الرِّبحِ، ولو فَعَل الْمُضارِبُ: يَستحِقُّ أجرَ الْمِثلِ.

وكذا لو قال: (اشتَرِ لي بهذا الألفِ أمةً على أن أُعطِيَك دِرهَمًا)، فاشتَرى: فهي[1] للآمِر، ويَجِبُ له أجرُ الْمِثلِ؛ لفَساد الإجارةِ بجَهالة[2] قَدْرِ العمَلِ.

(خُذ الألفَ مُضارَبةً في ثَوبٍ، تَشترِي وتَبيعُ)، وبَيَّن حِصّتَه من الرِّبح: صحّ، ولم يَشترِ إلا ثَوبًا.

ولو قال: (خُذ الألفَ مُضارَبةً في ثَوبٍ واحِدٍ تَشتَري وتَبيعُ)، وبَيَّن حِصّتَه من الربْح: صَحّ؛ لأن لفظَ الْمُضارَبةِ يَدُلُّ على التَّفويض، ولكن لا يَشتَري إلا ثَوبًا واحِدًا؛ لأنه قَيَّد به.

(خُذْه بِضاعةً -أو مُضارَبةً- بكذا)، أو (اشتَرِ به شيئًا)، (أو ثَوبًا)، أو (أثوابًا): صحّ، ويَبيعُه في الْمُضارَبة، لا البِضاعةِ.

ولو قال: (خُذ هذا الألفَ بِضاعةً -أو مُضارَبةً- بكذا، أو (اشتَرِ[3] لي به شيئًا) أو (ثَوبًا)، أو (أثوابًا): صَحّ، لأن لفظَ الْمُضارَبةِ والبِضاعةِ يَدُلُّ على التَّفويض، ويَبيعُه في الْمُضارَبة دونَ البِضاعةِ؛ لأن الغرَضَ من الْمُضارَبة الاستِرباحُ، وذا يَكونُ بالبيع

---

(١) في (د) و(هـ): فهو.

(٢) في (أ) و(د): لجهالة.

(٣) في سوى (د) و(هـ): واشتر.

والشِّراءِ، بخِلاف البِضاعةِ؛ فإنه قد يَكونُ غرَضُه الانتِفاعَ بالعَين، فلا يَملِكُ البيعَ.

قال: (أُرِيدُ الرَّيَّ[1])، فقال آخَرُ: (أُرِيدُ أن أبعَثَ إلى زيدٍ ألفًا معك، فخُذْه بِضاعةً): فهو رِسالةٌ.

ولو قال رَجُلٌ: (إني أُريدُ الخُروجَ إلى الرَّيّ)، فقال له آخَرُ: (أُريدُ أن أبعَثَ إلى زيدٍ ألفَ دِرهَمٍ معك، فخُذ هذا الألفَ بِضاعةً): فهو رِسالةٌ؛ لأن الْمُقدِّمةَ تَدُلُّ على أنه أَراد أن يُرسِلَ الألفَ بيَده إلى زيدٍ.

ولو قال: (أُرِيدُ الخُروجَ لشِراء الطَّيالِسةِ)، فقال: (خُذْه بِضاعةً): فهو بِضاعةٌ في الطَّيالِسة.

ولو قال: (إني أُريدُ الخُروجَ إلى الرَّيِّ لشِراء الطَّيالسةِ)، فقال: (خُذ هذا الألفَ بِضاعةً): فهو بِضاعةٌ في الطَّيالِسة خاصّةً؛ لأن الْمُقدِّمةَ تَدُلُّ على التَّقييد.

(خُذ الألفَ بِضاعةً في الثِّياب إلى الرَّيّ، فاشتَرِ)، أو حَمَلها بماله إلى مِصره: فهو مُتطوِّعٌ، بخِلاف الوَكيل بشِراء الطَّعامِ في الْمِصر.

ولو قال: (خُذ هذا الألفَ بِضاعةً في الثِّياب إلى الرَّيّ)، فاشتَرى به[2] ثِيابًا في الرَّيّ، وحَمَلها بماله إلى مِصره: فهو مُتطوِّعٌ، بخِلاف الوَكيلِ بشِراء الطَّعامِ في الْمِصر؛ فإنه لا يَكونُ مُتطوِّعًا استِحسانًا إذا حَمَله إلى مَنزِله بماله، والفارِقُ العُرفُ.

ولو اشتَرى بالبَعض، وحَمَل بالبَقِيّة: صحّ، ولا يَضمَنُ، إلا أن يَنهاه الآمِرُ، أو يَموتَ قبلَ أن يَستكرِيَ، ويَعلَمَ به.

---

(١) الري: مدينة مشهورة من أمّهات البلاد وأعلام المدن. «معجم البلدان» ٣/ ١١٦، وهي اليوم من قرى طهران عاصمة إيران.

(٢) في (د): فاشتري لي به، وفي (هـ): فاشترى له به.

ولو اشتَرى بالبَعض، وحَمَل الثِّيابَ بالبَعض: صَحّ، ولا يَضمَنُ إلا أن يَنهاه الآمِرُ، أو يَموتَ قبلَ أن يَستكريَ ويَعلَمَ به؛ لأنه انعزَل بمَوته.

وإن خاف الهَلاكَ: أمَره القاضِي بالأنظَر[1] من النَّفَقة والبيعِ.

وإن خاف هَلاكَها: رَفَع الأمرَ إلى القاضِي، فيَأمُره القاضِي بالأنظَر من النَّفَقة والبيعِ.

والْمُضارِبُ نَظيرُه، لكن لا يَعمَلُ نَهيُه بعدَ شِرائِه، ولا يَنعزِلُ[2] بمَوته وإن عَلِم.

والْمُضارِبُ نَظيرُه، ولكن لا يَعمَلُ نَهيُه بعدَ شِرائِه، ولا يَنعزِلُ بمَوته وإن عَلِم؛ لتَعلُّق حقِّه بالبَيع.

النُّقودُ تَتعيَّنُ في الوَكالة، والشِّرْكةِ، والْمُضارَبةِ.. بعدَ الدَّفعِ، لا قبْلَه.

النُّقودُ تَتعيَّنُ في الوَكالات والشِّرْكاتِ والْمُضارَباتِ بعدَ التَّسليمِ إلى هؤلاء؛ لكَونها أمانةً[3]، وقبلَ التَّسليمِ لا تَتعيَّنُ.

والْمُوكِّلُ متى أَشار في التَّوكيل وسَمّى.. فإن كان الْمُشارُ إليه من خِلاف جِنسِ الْمُسمّى، ولم يَعلَم الوَكيلُ بحال الْمُشارِ إليه: تَتعلَّقُ الوَكالةُ بالْمُسمّى؛ نفيًا للغُرور عن الوَكيل، وإن عَلِم الوَكيلُ بالْمُشار إليه: تَتعلَّقُ بالْمُشار إليه، وتُجعَلُ التَّسميةُ بخِلافه مَجازًا عن الْمَدح أو الذَّمِّ.

وإن تَجانَسا أصلًا، واختَلَفا وصفًا[4]،..................................

(١) أي الأصلح. وفي «المحكم» ١٠/ ١٤: النظر: الفكر في كل شيء تقدره وتقيسه.

(٢) العزل: التنحية، وعزلته: نحيته. ومنه عزلت النائب والوكيل: أخرجته عما له من الحكم. «التوقيف» ص٢٤١.

(٣) في (ج): إنابة.

(٤) في (ج): وضعًا.

وعَلِم الوَكيلُ[1] بحال الْمُشارِ إليه: فكذلك تَتعلَّقُ الوَكالةُ بالْمُشار إليه، وإن لم يَعلَم بحاله: تَتعلَّقُ الوَكالةُ بالْمُسمّى حالَ بَقاءِ الدَّراهِمِ في يَد الوَكيلِ إلى وَقت الشِّراءِ.

(اشتَرِ لي بأَلف دِرهَمٍ في هذا الكيسِ أمةً)، ودَفَع، فاشتَرى بألفٍ جِيادٍ، وفيه فُلوسٌ، أو زُيوفٌ، أو رَصاصٌ، أو سَتُّوقٌ، أو دَنانيرُ، أو جِيادٌ أَقَلُّ من ألفٍ، أو أكثَرُ، أوْ لا شيءَ فيه، ولم يَعلَما، أو عَلِما، ولم يَعلَم كلٌّ بعِلم الآخَرِ: فهي للآمِر.

وإن عَلِما، وعَلِم كلٌّ بعِلم الآخَرِ: فللمَأمور.

رَجُلٌ قال لآخَرَ: (اشتَرِ لي بأَلف دِرهَمٍ في هذا الكيسِ أمةً)، ودَفَع الكيسَ، فاشتَرى أمةً بأَلف دِرهَمٍ جِيادٍ، فإذا في الكِيس فُلوسٌ، أو زُيوفٌ، أو رَصاصٌ، أو سَتُّوقٌ، أو دَنانيرُ، أو جِيادٌ أَقَلُّ من أَلف دِرهَمٍ أو أكثَرُ، أوْ لا شيءَ فيه، ولم يَعلَما، أو عَلِما ولم يَعلَم كلُّ واحِدٍ منهما بعِلم الآخَرِ: فهي للآمِر، وإن عَلِما وعَلِم كلُّ واحِدٍ منهما بعِلم الآخَرِ: فللمَأمور.

ولو كان خَمسَمائةٍ، فلم يَعلَم، واشتَرى بألفٍ، أو بخَمسمائةٍ، وهي تُساوِي ألفًا: لَزِمت الآمِرَ.

ولو كان خَمسَمائةٍ، فاشتَرى بخَمسِمائةٍ، وهي تُساوِي ألفًا: لَزِمت الآمِرَ.

فالحاصِلُ: أن التَّوكيلَ لا يَتعلَّقُ بالْمُشار إليه إلا بعُلومٍ أربَعةٍ: عِلمِهما بحال الدَّراهِمِ، وعِلمِ كلِّ واحِدٍ منهما بعِلم صاحِبِه؛ لأن دفعَ الغُرورِ عن الوَكيل واجِبٌ، والقُدرةُ على الامتِثال شرطٌ لصِحّة التَّوكيلِ، وذا لا يَحصُلُ إلا بهذه العُلومِ الأربَعةِ.

أما عِلمُ الوَكيل: فلأنه إذا لم يَعلَم بحال الدَّراهِمِ يَعتمِدُ على التَّسمِية، فعندَ ظُهورِ خِلافِه لو لَزِمه شِراؤُه دونَ الآمِرِ لتَضرَّر به الوَكيلُ.

---

(١) في (ج): الموكل.

وأما عِلمُ الْمُوكِّلِ: فلأنه إذا لم يَعلَم كان مُرادُه ما سَمّى، فلو اشتَرى الوَكيلُ بغَير ما سَمّى لا يَحصُلُ مَقصودُ الآمِرِ.

وأما عِلمُ الْمُوكِّلِ بعِلم الوَكيلِ: فلأنه إذا لم يَعلَم الْمُوكِّلُ بعِلم الوَكيلِ كان في زَعمه أنه يَشتَري بالجِياد بِناءً على التَّسمِية، فرَضِي بالشِّراء بالجِياد، والوَكيلُ لَمّا كان عالِمًا بحال الدَّراهِمِ يَشتَري بالْمُشار إليه، فيَصيرُ مُخالِفًا.

وأما عِلمُ الوَكيلِ بعِلم الْمُوكِّلِ: فلأنه إذا لم يَعلَم فنَقولُ: إن كان الْمُوكِّلُ عالِمًا: فمُرادُه الْمُشارُ إليه، وإن لم يكن عالِمًا: فمُرادُه الْمُسمّى، فيَتردَّدُ، فعندَ عدَمِ أحدِ هذه العُلومِ الأربَعةِ تَقَعُ الوَكالةُ على الجِياد؛ لأن مُطلَقَ اسمِ الدَّراهِمِ يَتناوَلُ الجِيادَ.

دَفَع ألفًا ليَشترِيَ به أمةً، فهَلَكت: لم تَبقَ وَكالتُه، وإن جَهِل، ولو ظَهَر بعدَه أنها كانَت سَتُّوقةً: لا.

دَفَع ألفًا ليَشترِيَ به أمةً، فهَلَكت: لم تَبقَ وَكالتُه، وإن جَهِل؛ لأن الدَّراهِمَ تَتعيَّنُ في الوَكالة بعدَ النَّقدِ.

ولو ظَهَر بعدَ الهَلاكِ أنها كانت سَتُّوقةً: لا تَبطُلُ الوَكالةُ؛ لأنها ليست من جِنس الدَّراهِمِ، فتَعلَّقت الوَكالةُ بالْمُسمّى.

وَزَن ألفَ دِرهَمٍ، وأَراه، وقال: (اشتَرِ لي أمةً بهذا الألفِ الفُلوسِ) أو (الْمِائةِ الدِّينارِ): تعلَّقت بالْمُشار.

ولو وَزَن ألفَ دِرهَمٍ بينَ يَدَيه وأَراه، وقال: (اشتَرِ لي أمةً بهذا الألفِ الفُلوسِ)، أو (الْمِائةِ الدِّينارِ[1]): تَعلَّقت بالْمُشار إليه؛ لأنهما عَلِما بحاله، وعَلِم كلُّ واحِدٍ منهما بعِلم

---

(١) في (هـ): الدنانير.

صاحِبِه، ويُجعَلُ ذِكرُ الدِّينارِ مَجازًا عن الْمَدح، وذِكرُ الفُلوسِ مَجازًا عن الذَّمّ.

ولو هَلَكت قبلَ الدَّفعِ، أو صُرِفت في حاجَته: بَقِيَت وَكالتُه.

وإن لم يَدفَع إليه الآمِرُ حتى هَلَكت، أو صَرَفها الآمِرُ إلى حاجة نفسِه: بَقِيَت وَكالتُه؛ لأنها لا تَتعيَّنُ قبلَ النَّقدِ.

(خُذْ هذه الألفَ الدَّراهِمَ التي في هذا الكيسِ مُضارَبةً بالنِّصف)، ودَفَع، وهي زُيوفٌ.. إن عَلِما، وعَلِم كلٌّ بعِلم الآخَرِ: فالْمُضارَبةُ بها، وإلا فبالجِياد.

ولو قال: (خُذ هذا الألفَ الدَّراهِمَ التي في هذا الكيسِ مُضارَبةً بالنِّصف)، ودَفَع، وهي زُيوفٌ.. إن عَلِما وعَلِم كلُّ واحِدٍ بعِلم الآخَرِ: فالْمُضارَبةُ بها، وإن لم تُوجَدُ العُلومُ فهي بالجِياد.

فلو اشتَرى بألفٍ، ونَقَد الزُّيوفَ، ورَضِي بائِعُه: صحّ، والزُّيوفُ رأسُ المالِ، وإلا رَجَع بالجِياد على الآمِر، وإن هَلَكت قبلَه بَطَلت.

فلو اشتَرى بألفٍ ونَقَد الزُّيوفَ، ورَضِي بائِعُه: صَحّ، والزُّيوفُ رأسُ المالِ، وإن أَبى رَجَع بالجِياد على الآمِر، وإن هَلَكت الزُّيوفُ قبلَ الشِّراءِ: بَطَلت الْمُضارَبةُ.

ولو سَتُّوقًا، وافتَرَقا[1]، أو رَصاصًا: فَسَدت، وبَقِيَ وَكيلًا، فلو اشتَرى به: له أجرُ مِثلِه.

ولو كان في الكِيس سَتُّوقٌ، وافتَرَقا: فَسَدت الْمُضارَبةُ؛ لأن قبْضَ السَّتُّوقِ لا يَصِحُّ عن الدَّراهِم، وبَقِي وَكيلًا، فلو اشتَرى به: له آخَرُ[2] مِثلُه.

ولو فيها[3] خَمسُمائةٍ جِيادٌ، فاشتَرى أمةً تُساوِي ألفًا بألفٍ: فنِصفُها مُضارَبةٌ،

(١) سقطت من (م) و(ن)، وفي (س): فافترقا.

(٢) في (أ): فلو اشترى به الآخر، وفي (ب): أجر، وفي (هـ): فلو اشترى له به آخر.

(٣) في سوى (م) و(ن): فيه.

ونصفُه للآمِرِ، ولا أجرَ له.

ولو كان في الكيس حنطةٌ جيدةٌ فاشترى بها حنطةً رديئةً كذا بالجيد فنصفه للمضارب ونصفُها للآمر، ولا أجر له؛ لأن قبضَ رأسِ المال شرطُ صحةِ المضاربة ولم يوجد إلا في النصف.

(بِعْني هذا بهذه الدراهمِ)، فباعه وقبض[1]، وهي زيوفٌ، علم به وقتَ البيع صحَّ، وإن لم يعلم مشتريه، وإلا ردّ.

رجلٌ قال لغيره: (بِعني هذا الشيءَ بهذه الدراهمِ) فباعه وقبض، فإذا هي زيوفٌ، فإن علم بها وقتَ البيع: صحَّ قبضُه وإن لم يعلم مشتريه ويكفي علمُ البائع؛ لأن الحقَّ له فإذا علم به ورضي: يجوزُ، وإن لم يعلم ردَّ عليه ورجع بالجيد.

ولو ستّوقًا: شُرط رضاهما.

ولو كان ستّوقًا: شُرط رضاهما؛ لأنه ليس من جنس الدراهم، فكان قبضُه بدلًا عن الدراهم، فكان استبدالًا محضًا، فلا يصحُّ إلا بالتراضي.

(بع عبدي هذا بعبدٍ) أو (بِكُرِّ بُرٍّ)، أو (اشترِ لي به عبدًا) أو (عشرةَ أثوابٍ مرويَّةٍ) صحَّ، وتقيَّدَ بمثل قيمتِه، وكذا الإجارةُ.

ولو قال: (بع عبدي هذا بعبدٍ) أو (بكرِّ برٍّ)، أو (اشترِ لي به عبدًا) أو (عشرةَ أثوابٍ مرويةٍ)، أو (آجر[2] داري هذه بعبدٍ) أو (بعشرة أثوابٍ مرويةٍ): صحَّ التوكيلُ، وتقيَّد بمثل قيمتِه[3]، وأجرِ مثلِها في الإجارة، حتى لو اشترى الوكيلُ به عبدًا بعينه لم يجز

(١) سقطت من (م) و(ن).

(٢) في (ب) و(ج): أجرة.

(٣) في (د): قيمة العبد.

الدّارَ بعبدٍ بعَينه، وقِيمتُه مِثلُ قيمةِ العبدِ ومِثلُ أجرِ مِثلِ الدّارِ، أو أقَلُّ بغَبنٍ يَسيرٍ: صَحّ، ولا يَصِحُّ بغَبنٍ فاحِشٍ.

قِيل: هذا قولُهما؛ لأن الوَكيلَ لا يَملِكُ البيعَ بغَبنٍ فاحِشٍ عندَهما، أما عندَه: فكذلك إذا وَكَّله بالشِّراء، وإن وَكّله بالبَيع يَملِكُ بغَبنٍ فاحِشٍ.

والصَّحيحُ: أنه قولُ الكلِّ؛ لأن هذا بيعُ مُقايَضةٍ، فكان كلُّ واحِدٍ بائِعًا من وجهٍ مُشترِيًا من وجهٍ.

وإن باعه بعبدٍ بغَير عَينِه، أو آجَر الدّارِ بعبدٍ بغَير عَينِه: لا يَصِحُّ؛ لأن الحَيوانَ لا يَجِبُ دَينًا في الذِّمّة في مُعاوَضة مالٍ بمالٍ، بخِلاف مُعاوَضةِ مالٍ بما ليس بمالٍ، كالخُلع، والإعتاقِ على مالٍ، والصُّلحِ عن دَم عمدٍ، والكِتابةِ.

ولو باع أو آجَر بكُرٍّ غيرِ عينٍ، أو عَشرةَ أثوابٍ كذلك، وبَيّن الصِّفةَ والأجَلَ: صحّ، وتَقيّد.

وكذا لو باع العبدَ أو آجَر الدّارَ بكُرِّ بُرٍّ غيرِ عَينٍ، أو عشَرةِ أثوابٍ هَرَويّةٍ بغَير عَينِها، وبَيّن الصِّفةَ والأجَلَ: صَحّ، ويَتقيّدُ بمِثل قِيمةِ العبدِ وبمِثل قِيمةِ أجرِ مِثلِ الدّارِ.

اشتَرى وَكيلُه مَن يَعتِقُ على الآمِر: نَفَذ على الآمِر، فلو قال: (أطَؤُها)، أو (أستَخدِمُها)، أو (أبِيعُها): لا.

الوَكيلُ بالشِّراء إذا اشتَرى مَن يَعتِقُ على الآمِر بقَرابةٍ، أو حَلِفٍ: نَفَذ على الآمِر؛ لأن الأمرَ مُطلَقٌ، وتَخليصُ رَقَبةِ القَريبِ عن ذُلِّ الرِّقِّ يَصلُحُ مَقصودًا، كالاستِخدام، فلا يَتقيّدُ الْمُطلَقُ بالشَّكّ، فلو قال: (أطَؤُها) أو (أستَخدِمُها) أو (أبِيعُها): لا يَنفُذُ على الآمِر، ويَنفُذُ على الْمَأمور؛ لوُجود الْمُقيِّدِ، واللهُ أعلَمُ.

كِتَابُ الدَّعْوَى

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

كِتابُ الدَّعوى

كِتابُ الدَّعوى(١)

المُدَّعي: من إذا تَرَكَ تُرِكَ.

والمُدَّعى عليه: بخِلافِه.

يُقالُ: (ادَّعى زيدٌ على عمرٍو مالًا)، فزيدٌ: المُدَّعِي، وعمرٌو: المُدَّعَى عليه

---

(١) الدعوى: من الدعاء، وهو الطلب، والفعل منه: ادعى يدعي فهو مُدَّعٍ، والشيء الذي يدعيه يقال له: مدعًى بصيغة المفعول، ولا يقال له: مدعًى فيه وبه، والألف في الدعوى للتأنيث فلا ينون، ويجمع على دعاوَىٰ بفتح الواو، كفتوى على فتاوىٰ.

وقيل: الدعوى في اللغة: قول يطلب به الإنسان إيجاب الشيء على غيره، إلا أن اسم المدعي يطلق على من لا حجة له في العرف، ولا يطلق على من له حجة، فإن القاضي يسميه مدعيًا قبل إقامة البينة وبعدها يسميه محقًا لا مدعيًا، ويقال لمسيلمة الكذاب لعنة الله عليه مدعي النبوة؛ لأنه عجز عن إثباتها، بل دعواه أثبت كذبها؛ لثبوت أن نبينا عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ خاتم الأنبياء بالدلائل القطعية والبراهين الجلية...

والدعوى في الشرع: قول يطلب به الإنسان إثبات الحق على الغير، وفي «الوقاية»: هي إخبار بحق له على غيره، وقيل: هي طلب الإخبار بحق على الخصومة، سواء جبر شرعًا كالمدعى عليه، أو لم يجبر كالمدعي، وقيل: هي التماس أمر خلاف الظاهر، وقيل: هي استحقاق أمر لا يثبت إلا بالحجة.

وفي «كنز الدقائق»: هي إضافة الشيء إلى نفسه حالة المنازعة، أي أن يدعو المدعي الشيء إلى نفسه في حالة الخصومة، وشرط جوازها: مجلس القاضي، وحكمها: وجوب الجواب على المدعى عليه. «الدستور» ٢/ ٧٤.

والمالُ: الْمُدَّعَىٰ، والْمُدَّعَى به خطَأٌ، والْمَصدَرُ: الادِّعاءُ، افتِعالٌ مِن دَعا[1].

والدَّعوى على وَزن (فَعْلى): اسمٌ منه، وألِفُها للتَّأنيث، فلا تُنوَّنُ، يُقالُ: (دَعوىٰ باطِلةٌ) أو (صَحيحةٌ)، وجمعُها: (دَعاوَىٰ) بفَتح الواوِ لا غيرُ، كـ(فَتوى وفَتاوَىٰ).

والدَّعْوَى في الحَرب: أن يَقولَ النّاسُ يا لَفُلان.

وأما قولُه تَعالى: ﴿دَعْوَىٰهُمْ فِيهَا سُبْحَـٰنَكَ ٱللَّهُمَّ﴾ [يُونُس: ١٠]: فمَعناها: الدُّعاءُ.

وحَقيقتُها في جَميع الْمَواضِعِ: أن تَدعوَ إلى نَفسك أو لنَفسك.

والدَّعوةُ بالفَتح: الْمَدْعاةُ[2]، وهي الْمَأدُبةُ، وبالكَسر: في النَّسَب.

والْمُدَّعِي: من يَقصِدُ إيجابَ الحقِّ على غَيره ولا حُجّةَ له.

ورُكنُها: إضافة الشيء إلى نفسه[3].

وشرطُ جَوازِها: مَجلِسُ القَضاءِ، فالدَّعوى في غَير مَجلِسِ القَضاءِ لا تَصِحُّ، حتى لا يُستحَقُّ على الْمُدَّعى عليه جَوابُه.

وحُكمُها: وُجوبُ الجَوابِ على الْمُدَّعى عليه.

ومَعرِفةُ الفرقِ بينَ الْمُدَّعي والْمُدَّعى عليه من أهمِّ ما يُحتاجُ إلى مَعرِفته في هذا الكِتابِ.

وقولُه[4]: (الْمُدَّعي مَن إذا تَرَك تُرِك) أي: لا يُجبَرُ على الخُصومة إذا تَرَكها،

---

(١) في (هـ): ادعى.

(٢) في (ب): الدعاة.

(٣) في (ب): إلى غيره.

(٤) أي في المتن.

(والْمُدَّعَى عليه بخِلافه) أي: يُجبرُ على الخُصومة إذا تَركها: حدٌّ صَحيحٌ[1].

وقِيل: الْمُدَّعي: من لا يَستحِقُّ إلا بحُجّةٍ، كالخارِج، والْمُدَّعى عليه: من يَكونُ مُستحِقًّا بقَوله بلا حُجّةٍ، كذي اليدِ، فإنه إذا قال: (هو لي) كان مُستحَقًّا له ما لم يُثبِت الغيرُ استِحقاقَه.

وقِيل: الْمُدَّعي: من يَلتمِسُ غيرَ الظّاهِرِ، والْمُدَّعى عليه: من يَتمسَّكُ بالظّاهِرِ، كما إذا ادَّعى دَينًا بوجهٍ من الوُجوه على آخرَ، فأنكَره: فالبَيِّنةُ على الْمُدَّعي؛ لدَعواه أمرًا عارِضًا، وهو شُغلُ ذِمّتِه بحقِّه، والْمُدَّعَى عليه: هو الْمُنكِرُ؛ لتَمسُّكه بالأَصل، وهو بَراءةُ ذِمّتِه.

فإن أقَرَّ بالدَّين وقال: (قد قَضَيتُه إيّاه) كان هو الْمُدَّعي؛ لأن القَضاءَ يَعترِضُ على الوُجوب[2]، فهو الذي يَدَّعي أمرًا عارِضًا الآنَ.

وكذا إن ادَّعى الإبراءَ أو التَّأجيلَ: فهو الْمُدَّعي؛ لأن الإبراءَ مُفرِّغٌ لذِمّته بعدَ اشتِغالِها[3] باتِّفاقهما، والتَّأجيلُ مُؤخِّرٌ للمُطالَبة بعدَ تَقرُّرِ سببِ تَوجُّهِ الْمُطالَبةِ باتِّفاقهما، فهو الذي يَدَّعي أمرًا عارِضًا، فعليه البَيِّنةُ، وعلى الآخَر اليَمينُ.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «الأَصل»: الْمُدَّعى عليه: هو الْمُنكِرُ، والآخَرُ هو الْمُدَّعي.

وهذا صَحيحٌ، ولكن الشَّأنُ في مَعرِفته والتَّرجيحِ بالفِقه عندَ الحُذّاقِ من أَصحابنا؛ إذ الاعتِبارُ للمَعانِي دونَ الصُّوَرِ[4] والْمَباني، فإنه قد يُوجَدُ الكَلامُ من الشَّخص في

(١) في (د): هذا حد صحيح.

(٢) في (د): لأن القضاء بغير حق على الوجوب.

(٣) في (أ): إشغالها، وفي (ج): شغلها.

(٤) في (د): الصفة.

صُورة الدَّعوى، وهو إنكارٌ مَعنًى، كالْمُودَع إذا ادَّعى ردَّ الوَديعةِ، فإنه مُدَّعٍ للرَّدِّ[1] صُورةً، وهو مُنكِرٌ لوُجوب الضَّمانِ مَعنًى، ولهذا يُحلِّفُه القاضِي إذا ادَّعى الرَّدَّ أنه لا يَلزَمُه ردٌّ ولا ضَمانٌ، ولا يُحلِّفُه على أنه رَدَّه؛ لأن اليَمينَ أبدًا تكونُ على النَّفي.

فإن قِيل: الْمُودَعُ بدَعوى الرَّدِّ مُتمسِّكٌ بما ليس بثابِتٍ؛ إذ الرَّدُّ لم يكن ثابِتًا، وهو يَدَّعيه، والْمُودِعُ مُتمسِّكٌ بما هو ثابِتٌ وهو عدَمُ الرَّدِّ، فإنه كان ثابِتًا وهو يَدَّعيه، فكان يَنبَغي أن يَكونَ الْمُودِعُ مُدَّعيًا، والْمُودَعُ مُدَّعًى عليه.

قُلنا: الْمُودَعُ يَدَّعي فَراغَ ذِمَّتِه عن الضَّمان، وهو أصلٌ، والْمُودِعُ يَدَّعي شُغلَ ذِمَّتِه، وإنه لم يكن ثابِتًا، ولهذا تُقبَلُ بَيِّنَتُه إذا أَقامها؛ اعتِبارًا للصُّورة، ويُجبَرُ على الخُصومة ويُحلَّفُ؛ اعتِبارًا للمَعنى.

وإنما تَصِحُّ بِذِكر شيءٍ عُلِم جِنسُه وقَدْرُه.

ولا تُقبَلُ الدَّعوى حتى يَذكُرَ شيئًا مَعلومًا في جِنسه وقَدْرِه.

اعلَم أن الدَّعوى نَوعان: صَحيحةٌ وفاسِدةٌ:

فالصَّحيحةُ: ما تَتعلَّقُ بها أحكامُها، وهو: إحضارُ الخصمِ، ووُجوبُ الحُضورِ، والْمُطالَبةُ بالجَواب، ووُجوبُ الجَوابِ، واليَمينُ إذا أنكَر، والإثباتُ بالبَيِّنة، ولُزومُ إحضارِ الْمُدَّعى.

والفاسِدةُ: ما لا تَتعلَّقُ بها الأحكامُ التي بَيَّنّاها.

وفَسادُ الدَّعوى بأحَد مَعنيَين، إما أن لا تَكونَ مُلزِمةً شيئًا على الخَصم إذا ثَبَتت[2]، كمن ادَّعى على غَيره أنه وَكيلُه، أو يَكونَ الْمُدَّعى مَجهولًا في نَفسه؛ لأن فائِدةَ الدَّعوى

---

(١) في (ج): يدعي الرد صورة.

(٢) في (د) و(هـ): إذا ثبت.

الإلزامُ بواسِطة إقامةِ الحُجّةِ، والإلزامُ لا يَتحقَّقُ في المَجهول؛ لأن القاضِيَ لا يَتمكَّنُ من القَضاء بالمَجهول ببيِّنة المُدَّعي ولا بنُكول المُدَّعى عليه.

فلو عَينًا: كُلِّف إحضارَها ليُشيرَ إليها بالدَّعوى، كالشَّهادة[1]، والاستِحلافِ، فإن تَعذَّر ذَكَر قِيمتَها.

فإن كان المُدَّعى عَينًا في يَد المُدَّعى عليه: كُلِّف إحضارَها ليُشيرَ إليها بالدَّعوى[2]، كما في الشَّهادة والاستِحلافِ؛ لأن الإعلامَ بأَقصى ما يُمكِنُ شرطٌ، وذا في المَنقولات بالإشارة؛ لأنها أَبلَغُ أسبابِ التَّعريفِ، حتى قالُوا في المَنقولات التي يَتعذَّرُ نَقلُها كالرَّحى ونحوِه[3]: حَضَر الحاكِمُ عندَها أو بَعَث أمينًا.

وإن لم تكن حاضِرةً: ذَكَر قِيمتَها ليَصيرَ المُدَّعى مَعلومًا؛ لأن الأعيانَ تَتفاوَتُ، والشَّرطُ أن تَكونَ الدَّعوى في مَعلومٍ، وقد تَعذَّرت مُشاهَدةُ عَينِها، فوَجَب أن يَذكُرَ قِيمتَها ليَصيرَ مَعلومًا.

وقال الفَقيهُ أبو اللَّيثِ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُشترَطُ مع[4] بيانِ القِيمةِ ذِكرُ الذُّكورةِ والأُنوثةِ.

وقال القاضِي فخرُ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ وصاحِبُ «الذَّخيرةِ» فيها: وإن كان العَينُ غائبًا، وادَّعى أنه في يَد المُدَّعى عليه، فأنكر.. إن بَيَّن المُدَّعي قِيمتَه وصِفتَه: تُسمَعُ دَعواه وتُقبَلُ بيِّنتُه[5].

---

(١) في (م) و(ن): والشهادة.

(٢) في (هـ): في الدعوى.

(٣) في (ج): ونحوها.

(٤) في (ب): في بيان.

(٥) في (هـ): تقبل دعواه وتسمع بينته.

وإن لم يُبيِّن القِيمةَ فقال: (غَصَب مني عَينَ كذا، ولا أَدري أنه هالِكٌ أو قائِمٌ، ولا أَدري كم كانت قِيمتُه): ذُكِر في عامّة الكُتُبِ: أنه تُسمَعُ دَعواه؛ لأن الإنسانَ ربما لا يَعرِفُ قِيمةَ مالِه، فلو كُلِّف بَيانَ القِيمةِ لتَضرَّر به.

ولو عَقارًا: ذَكَر حُدودَه، وكَفَت ثَلاثةٌ(ز)، وأسماءَ أصحابِها.

ولو كان الْمُدَّعى عَقارًا ذَكَر حُدودَه؛ لتَعذُّر التَّعريفِ بالإشارة؛ لأنه مما لا يُنقَلُ، فيُصارُ إلى التَّحديد؛ إذ العَقارُ يُعرَفُ به وبذِكر الحُدودِ الأربَعةِ، فإن ذَكَر ثَلاثةً من الحُدود يُكتفى بها عندَنا، خِلافًا لزفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

له: أن التَّعريفَ لم يَتِمَّ، ولنا: أن للأكثَر حُكمَ الكلِّ.

بخِلاف ما إذا غَلِط في الرّابِعة؛ لأنه يَختلِفُ[1] به الْمُدَّعى، ولا كذلك بتَركها.

ونَظيرُه: إذا ادَّعى شِراءَ شيءٍ بثَمَنٍ مَنقودٍ فإن الشَّهادةَ تُقبَلُ عليه، وإن سَكَتوا عن جِنس الثَّمَنِ، ولو ذَكَروا ذلك واختَلَفوا: لم يُقبَل.

وكما يُشترَطُ التَّحديدُ في الدَّعوى يُشترَطُ في الشَّهادة، وإن ذَكَروا ثَلاثةً من الحُدود في الشَّهادة قُبِلت شَهادتُهم عندَنا، خِلافًا له؛ لِما مَرّ.

وذَكَر[2] أسماءَ أصحابِ الحُدودِ وأنسابَهم.

ولا بُدَّ من ذِكر الجدِّ(س) إن لم يكن مَشهورًا.

ولا بُدَّ من ذِكر الجدِّ[3]؛ لأن تَمامَ التَّعريفِ به على ما عُرِف.

فإن كان الرَّجُلُ مَشهورًا يُكتفى بذِكره.

(١) في (ج): يحلف به.

(٢) أي المدعي.

(٣) في سوى (أ): الحد.

وفي الدّار لا بُدَّ من التَّحديد وإن كانت مَشهورةً عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعندَهما: لا يُشترَطُ؛ لأن الشُّهرةَ مُغنيةٌ عنه.

وله: أن قَدْرَها لا يَصيرُ مَعلومًا إلا بالتَّحديد.

وذَكَر أنه في يَد الْمُدَّعى عليه؛ لأنه إنما يَصيرُ خصمًا بكَونه في يَده، فإذا لم يكن في يَده فلا خُصومةَ بينهما.

وأنه في يَده، ولا تَثبُتُ اليدُ في العَقار بتَصادُقهما، بل ببَيِّنةٍ، أو(د) عِلمِ قاضٍ، بخِلاف الْمَنقولِ.

ولا تَثبُتُ اليدُ في العَقار بتَصادُق الْمُدَّعي والْمُدَّعى عليه أنه في يَده، بل تَثبُتُ بالبَيِّنة أو عِلمِ القاضِي في **الصَّحيح**، فربما يَكونُ العَقارُ في يَد غيرِهما، وقد تَواضَعا على ذلك، بخِلاف الْمَنقولِ؛ لأن اليدَ فيه مُعايَنٌ[1].

وأنه طالَبه به، كما لو دَينًا.

وذَكَر أنه يُطالِبُه به؛ لأن الْمُطالَبةَ حقُّ الْمُدَّعي، فيُشترَطُ طلَبُه، ولأنه يُحتمَلُ أن يَكونَ مَرهونًا في يَده أو مَحبوسًا بالثَّمَن في يَده، وإنما يَزولُ هذا الاحتِمالُ بالْمُطالَبة، ولهذا قالُوا في الْمَنقول: يَجِبُ أن تَقولَ: (في يَده بغَير حقٍّ).

وإن كان دَينًا في الذِّمّة: ذَكَر أنه يُطالِبُه به؛ لِما قُلنا.

ولا بُدَّ من تَعريفه بالوَصف؛ لأن الدَّينَ يُعرَفُ به.

فإن صَحَّت، وبَرْهَن، أو أقَرّ: قُضِي، وإلا حُلِّف بطلَبه.

وإذا صَحَّت الدَّعوى: سَأل القاضِي الْمُدَّعى عليه عنها ليَتَّضِحَ وجهُ الحُكمِ؛ إذ

(١) في (ج): معاين.

الحُكمُ بالبيِّنة يُخالِفُ[1] الحُكمَ بالإقرار، فإن أقَرَّ قُضِي عليه بها.

وإطلاقُ لفظِ القَضاءِ توسُّعٌ؛ لأن الإقرارَ حُجّةٌ بنَفسه، ولا يَتوقّفُ على القَضاء، فكان الحُكمُ من القاضِي إلزامًا للخُروج عن مُوجَب ما أقَرّ به، بخِلاف البيِّنةِ؛ لأنها إنما تَصيرُ حُجّةً باتِّصال القَضاءِ بها.

وإن أنكَر طَلَب القاضِي من الْمُدَّعي البيِّنةَ على دَعواه؛ لأن الأصلَ في فَصل الخُصومةِ البيِّنةُ، وبهذا بَدأ رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ[2] حيث قال للمُدَّعي: «ألك بَيِّنةٌ»، فقال: لا، فقال: «لك يَمينُه»[3]. سَأل ورَتَّب اليَمينَ على عَدَم البيِّنةِ، فلا بُدَّ من السُّؤال عن البيِّنة ليتمكَّنَ من الاستِخلاف.

فإن أحضَر البيِّنةَ قُضِي عليه بها؛ لأنه نَوَّر[4] دَعواه بالبيِّنة، فهي فَيعَلةٌ من البَيان؛

---

(١) في (ب) و(ج): بخلاف.

(٢) في (هـ): ولهذا بدأ رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بها.

(٣) روى مسلم (١٣٩) عن علقمة بن وائل عن أبيه قال: جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال الحضرمي: يا رسول الله! إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للحضرمي: «ألك بينة؟» قال: لا، قال: «فلك يمينه»، قال: يا رسول الله! إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء، فقال: «ليس لك منه إلا ذلك»، فانطلق ليحلف، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما أدبر: «أمَا لئن حلف على ماله ليأكله ظلمًا ليلقين الله وهو عنه معرض».

وروى البخاري (٧١٨٣) عن أبي وائلٍ قال: قال عبد الله: قال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا يَحلِف على يمينِ صبرٍ يقتطع مالًا وهو فيها فاجر إلا لقي الله وهو عليه غضبان»، فأنزل الله: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ الآية، فجاء الأشعث وعبد الله يحدثهم فقال: فيَّ نزلت وفي رجل خاصمته في بئر، فقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ألك بينة؟»، قلت: لا، قال: «فليحلف»، قلت: إذن يحلف، فنزلت: ﴿ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ﴾ الآية.

(٤) في (ب): ترد.

لأنها دَلالةٌ واضِحةٌ يَظهَرُ بها الحقُّ من الباطِل.

وقِيل: هي فَيعَلةٌ من البَيْن؛ إذ بها يَقعُ الفصلُ بينَ الصّادقِ والكاذِبِ.

وإن عَجَز عن إقامة البيِّنةِ استَحلَفه القاضِي إذا التَمَس الْمُدَّعي ذلك؛ لِما رَوينا[1].

وإنما شُرِط طلَبُه: لأن اليَمينَ حقُّ الْمُدَّعي قِبَلَ الْمُدَّعى عليه؛ إذ الإضافةُ بحَرف اللّامِ الْمُقتضِيةُ للاختِصاص تَنصيصٌ على أن اليَمينَ حقُّ الْمُدَّعي.

والفِقهُ[2] فيه: أن الْمُدَّعيَ يَزعُمُ[3] أنه أَتوى حقَّه بإنكاره، فشُرِع الاستِحلافُ، حتى لو كان الأمرُ كما زَعَم يَكونُ إتواءً بمُقابَلة إتواءٍ، فاليَمينُ الفاجِرةُ تَدَعُ الدِّيارَ بلاقِعَ[4]، وإلا يَنالُ الْمُدَّعى عليه الثَّوابَ بذِكر اسمِ اللهِ تَعالى على سَبيل التَّعظيمِ[5] صادِقًا، ولا يَتضرَّرُ به بوجهٍ، واللهُ أعلَمُ.

---

(١) أي حديث: (فلك يمينه).

(٢) في (ب): والقصة.

(٣) في (أ) و(د): يدعي.

(٤) روى البيهقي (١٩٨٧٠) مرفوعًا: «واليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع».

البلاقع: جمع بَلقَع وبَلقَعة، وهي الأرض القَفْر التي لا شيء بها، يريد أن الحالف بها يفتقر ويذهب ما في بيته من الرزق، وقيل: هو أن يفرق الله شمله ويُغيِّر عليه ما أولاه من نعمه. «النهاية» ١/ ١٥٣.

(٥) في (هـ): التعظيم والتفخيم.

باب اليمين

وإذا قال الْمُدَّعي: (لي بيِّنةٌ حاضِرةٌ في الْمِصر)، وطَلَب اليمينَ: لم يُستحلَف عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُستحلَفُ؛ لعُموم قولِه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «البيِّنةُ على الْمُدَّعي، واليَمينُ على من أنكَر»(1).

ولأبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ قال للمُدَّعي: «ألك بيِّنةٌ؟»، فقال: لا، فقال: «لك يَمينُه»(2)، فإنما جَعَل له يَمينَ الخصمِ عندَ عدَمِ الشُّهودِ، فلا يَكونُ له عندَ وُجودِ الشُّهودِ، كما لو كانت البيِّنةُ حاضِرةً في الْمَجلِس.

ومحمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ مع أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ في رِوايةٍ، ومع أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ في رِوايةٍ.

ولا يُرَدُّ(ف)(3) على مُدَّعٍ.

ولا تُرَدُّ اليَمينُ على الْمُدَّعي.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا لم يكن للمُدَّعي بيِّنةٌ أصلًا، وحَلَّف القاضِي الْمُدَّعى عليه، فنكَل: تُرَدُّ اليَمينُ على الْمُدَّعي، فإن حَلَف قُضِي به، وإلا لا؛ لأن الظّاهرَ صار

(1) رواه البيهقي (21201)، وقال النووي في «الأذكار» ص642: هو حسن بهذا اللفظ، وبعضه في الصحيحين (البخاري 4552، ومسلم 1711).

(2) تقدم تخريجه.

(3) أي اليمين.

شاهِدًا للمُدَّعي بنُكوله، فتُعتبَرُ يَمينُه، كالْمُدَّعى عليه.

وكذا إذا أَقام الْمُدَّعي شاهِدًا واحِدًا، وعَجَز عن إِقامة شاهِدٍ آخَرَ: فإنه تُرَدُّ اليَمينُ عليه، إن حَلَف قُضِي له بما ادَّعى، وإن نَكَل لا يُقضى له بشيءٍ؛ لأنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ قَضى بشاهِدٍ ويَمينٍ(1).

وعندَنا: يُستحلَفُ الْمُدَّعى عليه فقط، ويُقضى عليه بالنُكول؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ:

---

(1) رواه مسلم (1712) عن قيس بن سعد، عن عمرو بن دينار، عن ابن عباس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا.

قال الجصاص في «شرح مختصر الطحاوي» 8/ 83: وهذا عندهم حديث منكر؛ لأن قيس بن سعد لا تعرف له رواية عن عمرو بن دينار، ولأن سيف بن سليمان ضعيف، لا يحتج بروايته في إثبات السنن، وذكر عن علي ابن المديني أنه قال: غلط سيف في هذا الحديث، إنما هذا حديث: أن جارتين كانتا تخرزان، والحديث المعروف الذي رواه ابن أبي مليكة عن ابن عباس: أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى أن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه.

وقال 8/ 88: وأيضًا: فإنه ليس يمتنع أن يكون معنى قولهم: قضى باليمين مع الشاهد: أنه قضى باليمين والبينة، وقضى باليمين والشاهدين، وأطلق اسم الشاهد وأراد به الجنس لا العدد؛ لأن اسم الشاهد قد يطلق على الجماعة، كما يقال للجماعة: رسول، وعدل، وخصم، ونحو ذلك، قال الله تعالى: ﴿فَقُولَآ إِنَّا رَسُولُ رَبِّ ٱلْعَٰلَمِينَ﴾ [الشعراء: 16]، وقال تعالى: ﴿وَهَلْ أَتَىٰكَ نَبَؤُاْ ٱلْخَصْمِ إِذْ تَسَوَّرُواْ ٱلْمِحْرَابَ﴾ [ص: 21]، فكذلك الشاهد قد قال أهل اللغة: إنه يصح إطلاقه ويراد به الجنس، فيتناول الجماعة، وتكون فائدته حينئذ: أنه قضى باليمين في موضعها، وبالبينة في موضعها، كما روي عن شريح في قوله تعالى: ﴿وَفَصْلَ ٱلْخِطَابِ﴾ [ص: 20]: قال: الشهود والأيمان، ومعلوم أنه لم يرد به جمعها جميعًا في حال واحدة.

وأيضًا: يحتمل أن يكون معناه: قضى باليمين على المدعى عليه، مع شاهد المدعي، وأبان أن وجود شاهده وعدمه سواء في باب وجوب اليمين على المدعى عليه.

ويحتمل أن يريد: أنه قبل بينة المدعي، وادعى المدعى عليه قضاء المال، فحلف المدعي ما اقتضى.

ويحتمل أن يكون قضى بشهادة خزيمة بن ثابت، الذي جعل شهادته بشهادة رجلين وحده بالمال، وحلف المدعي بالله ما اقتضى، لدعوى المدعى عليه ذلك. انتهى.

«البيِّنةُ على الْمُدَّعي، واليَمينُ على من أنكَر»[1]، ومُطلَقُ التَّقسيمِ يَقتَضي انتِفاءَ مُشارَكةِ كلِّ واحِدٍ منهما عن قِسم صاحِبِه، فيَدُلُّ على أن جِنسَ الأيمانِ في جانِب الْمُدَّعى عليه، ولا يَمينَ في جانِب الْمُدَّعي؛ إذ الألِفُ واللّامُ لاستِغراق الجِنسِ، فمن جَعَل بعضَ الأيمانِ حُجّةً للمُدَّعي فقد خالَف النَّصَّ.

وحَديثُ الشّاهِدِ واليَمينِ غَريبٌ[2]، وما رَوَيناه مَشهورٌ تَلقَّتْه الأُمّةُ بالقَبول، حتى صار في حَيِّز التَّواتُرِ، فلا يُعارِضُه، على أن يَحيى بنَ مَعينٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ قد رَدَّه[3].

ولا بَيِّنةَ(ف) لِذي اليدِ في مِلكٍ مُطلَقٍ.

ولا تُقبَلُ بَيِّنةُ ذي اليدِ في الْمِلك الْمُطلَقِ، وبَيِّنةُ الخارِجِ أَولى.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: بَيِّنةُ ذي اليدِ أَولى من بَيِّنة الخارِجِ، فيُقضى ببيِّنة ذي اليدِ؛ لتَأكُّدها باليَد؛ لأنها دَليلُ الْمِلكِ، ولهذا لو تَنازَعا في دابّةٍ وكلُّ واحِدٍ منهما يَدَّعي أنها دابّتُه نُتِجت في مِلكه، وأَقاما البَيِّنةَ: يُقضى ببيِّنة ذي اليدِ.

ولو برْهَنا على نِكاح امرأةٍ، والْمَرأةُ في يَد أحَدِهما: لا تُقبَلُ بَيِّنةُ الخارِجِ.

ولو ادَّعى كلُّ واحِدٍ منهما أنها أمتُه، دَبَّرها أو أعتَقَها أو استَولَدها: قُضِي ببيِّنة ذي اليدِ.

ولنا: أن البَيِّناتِ شُرِعت للإثبات؛ لأنها وإن كانت في التَّحقيق مُبيِّنةً مُظهِرةً، ولكن لَمّا لم يكن لنا عِلمٌ بذلك، والأحكامُ عندَنا تَثبُتُ بأسبابها: أخذت البَيِّنةُ حُكمَ الإثباتِ، كالعِلَلِ الشَّرعيّةِ، فإنها أماراتٌ في حقِّ الشَّرعِ، وفي حقِّنا لها حُكمُ الإثباتِ، ولهذا وَجَب

(١) تقدم تخريجه آنفًا.

(٢) انظر الكلام عليه عند تخريجه السابق.

(٣) أي حديث الشاهد واليمين.

الضَّمانُ على الشُّهود عندَ الرُّجوعِ؛ لأن الحُكمَ مُحالٌ إلى شَهادتِهم إيجابًا.

وبَيِّنةُ الخارجِ أكثرُ إثباتًا؛ لأنه ببيِّنته يَستحِقُّ على ذي اليدِ الْمِلكَ الثّابتَ له بظاهِر يدِه، وذو اليدِ لا يَستحِقُّ على الخارجِ ببيِّنته شيئًا؛ لأنه لا مِلكَ للخارِجِ بوجهٍ، فكانت أَولى بالقَبول؛ لأن البيِّناتِ للإثبات، فيُطلَبُ التَّرجيحُ أوَّلًا من حيث الثُّبوتُ، فإن استَوتا فحينئذٍ باليَد، كما في النِّتاج، فإنهما استَوتا في الإثبات؛ فإن كلَّ واحِدٍ من البيِّنَتين تُثبِتُ أوّليّةَ[1] الْمِلكِ لصاحِبه.

وكذا اليدُ لا تَدُلُّ على الإعتاق والتَّدبيرِ والاستيلادِ والوَلاءِ، فاستَوت البيِّنتان[2] في الإثبات، فتُرجَّح بيِّنةُ ذي اليدِ ليَده، ولأن الخارِجَ هو الْمُدَّعي، والبَيِّنةُ بيِّنةُ الْمُدَّعي بالخَبَر[3]؛ إذ الخبَرُ يَدُلُّ على أن جِنسَ البيِّناتِ في جانِبِ الْمُدَّعين؛ قَضيّةً لحَرف[4] الاستِغراقِ، فلا تَبقى بيِّنةٌ في جانِبِ الْمُدَّعى عليه؛ إذ ليس وَراءَ الجِنسِ شيءٌ.

وقُضِي(ف) إن نكَل مرّةً بـ (لا أحلِفُ)، أو سَكَت.

وإذا نكَل الْمُدَّعى عليه عن اليَمين قُضِي بالمال للمُدَّعي على الْمُدَّعى عليه بسَبَب النُّكولِ عندَنا.

وعندَ الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لا يُقضى به، بل تُرَدُّ اليَمينُ على الْمُدَّعي، فإن حَلَف الْمُدَّعي أخذ المالَ، وإن أَبى انقطَعت الْمُنازَعةُ بينَهما؛ لأن النُّكولَ مُحتمِلٌ، يَحتمِلُ أن يَكونَ تورُّعًا عن اليَمين الكاذِبةِ، ويَحتمِلُ أن يَكونَ ترفُّعًا عن اليَمين الصّادقةِ، كما

---

(١) في (ج): أولوية.

(٢) في سوى (أ) و(د): فاستوت البينات.

(٣) أي قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البينة على المدعي».

(٤) في (د): بحرف، وفي (هـ) حرف.

فَعَله عُثمانُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فقال: خَشِيتُ أن يُوافِقَ القَدَرُ يَمينِي الصادقةَ[1] فيُقالَ: إنه حَلَفَ كاذِبًا، فأُصِيبَ باليَمين الكاذِبةِ[2]، ويَحتمِلُ أن يَكونَ لاشتِباه الحالِ، والْمُحتمِلُ لا يَكونُ حُجّةً، ويَمينُ الْمُدَّعي دَليلُ الظُّهورِ، كما كانت يَمينُ الْمُدَّعى عليه، فصِرنا إليها.

ولنا: أن اليَمينَ واجِبةٌ عليه؛ لقَوله عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «واليَمينُ على من أنكَر»[3]، وتركُ هذا الواجِبِ بالنُّكول دَليلٌ على أنه باذِلٌ أو مُقِرٌّ؛ إذ لو لم يكن كذلك لأقدَم على اليَمين تَفصِّيًا عن عُهدة الواجِبِ، ودفعًا للضَّرَر عن نَفسه ببَذل الْمُدَّعى، والشَّرعُ ألزَمه التَّورُّعَ عن اليَمين الكاذِبةِ دونَ التَّرفُّعِ عن اليَمين الصّادقةِ، فتَرجَّح هذا الجانِبُ في نُكوله.

وعُرِض ثَلاثًا ندبًا في نِكاحٍ(ح)، ورَجعةٍ(ح)، وفَيءٍ(ح)، واستِيلادٍ(ح)، ورِقٍّ(ح)، ونَسَبٍ(ح)، ووَلاءٍ(ح).

ويَنبَغي للقاضِي أن يَقولَ له: (إني أعرِضُ عليك اليَمينَ -ثَلاثَ مرّاتٍ- فإن حَلَفتَ، وإلا قَضَيتُ عليك بما ادَّعى).

وهذا الإنذارُ لإعلامه بالحُكم؛ إذ هو مُجتهَدٌ فيه، فكان مَظِنّةَ الخفاءِ، فإذا كَرَّر

(١) مثبتة من (أ).

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٠٢: قال البيهقي في كتاب «المعرفة» (٢٠٠٤٣) في كتاب أدب القاضي: قال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: بلغني أن عثمان بن عفان ردت عليه اليمين فافتداها بمال، وقال: أخاف أن يوافق قدرُ بلاءٍ فيقال: هذا بيمينه. وقال في آخر الباب: وفي كتاب «المستخرج» لأبي الوليد بإسناد صحيح عن الشعبي: وفيه إرسال: أن رجلًا استقرض من عثمان بن عفان سبعة آلاف درهم، فلما تقاضاه، قال له: إنما هي أربعة آلاف، فخاصمه إلى عمر، فقال: تحلف أنها سبعة آلاف؟ فقال عمر: أنصفك، فأبى عثمان أن يحلف، فقال له عمر: خذ ما أعطاك... إلى آخر ما ذكره من الآثار بمعناه.

(٣) تقدم تخريجه قريبًا.

العرضَ عليه ثَلاثَ مرّاتٍ قَضى عليه بالنُّكول، والتَّقديرُ بالثَّلاث في عَرض اليَمينِ لازِمٌ في الْمَرويِّ عن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ ومحمدٍ[1]، والجُمهورُ على أنه للاحتِياط، حتى لو قَضى بالنُّكول مرّةً نَفَذ قَضاؤُه في **الصَّحيح**.

ولا بُدَّ أن يَكونَ النُّكولُ في مَجلِس القَضاءِ، وهل يُشترَطُ القَضاءُ على فَور النُّكولِ؟ فيه اختِلافٌ.

ثم النُّكولُ قد يَكونُ حَقيقيًّا، كقَوله: (لا أحلِفُ)، وقد يَكونُ حُكميًّا، بأن يَسكُتَ، وحُكمُه حُكمُ الأوَّلِ إذا عَلِم القاضِي أنه لم يكن من طَرَشٍ[2] أو خرَسٍ في **الصَّحيح**.

ثم عندَ أبي يوسف ومحمدٍ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: يُستحلَفُ في:

النّكاح، بأن ادَّعى رَجُلٌ على امرَأةٍ أو هي عليه نِكاحًا، والآخَرُ يُنكِرُ.

والرَّجعةِ، بأن ادَّعت عليه أو هو عليها بعدَ العِدّةِ أنه راجَعها في العِدّة، وأنكَر الآخَرُ.

والفَيءِ، بأن ادَّعى الْمَولى عليها أو هي عليه بعدَ الْمُدّةِ أنه فاء في الْمُدّة، وأنكَر الآخَرُ.

والاستِيلادِ، بأن ادَّعت أمةٌ على سَيِّدها أنها وَلَدت منه هذا الولَدَ، أو ولَدًا قد مات، وأنكَر، ولا يَتأتّى من الجانِب الآخر؛ إذ لو ادَّعى الْمَولى يَثبُتُ الاستِيلادُ بإقراره، ولا يُعتبَرُ إنكارُها.

والرِّقِّ، بأن ادَّعى على مَجهولٍ[3] أنه عبدُه، أو ادَّعى الْمَجهولُ عليه أنه عبدُه، وأنكَر الآخَرُ.

والنَّسَبِ، بأن ادَّعى على مَجهول النَّسَبِ أنه ابنُه، أو هو يَدَّعي عليه والآخَرُ يُنكِرُ.

---

(١) في (هـ): عن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ والجمهور.

(٢) في (أ): أنه من طرش.

(٣) في (د): مجهول النسب.

والوَلاءِ، بأن ادَّعى على مَعروفٍ أنه مُعتقُه ومَولاه، أو ادَّعى الْمَعروفُ ذلك عليه، أو كان ذلك في وَلاء الْمُوالاة، والآخَرُ يُنكِرُ.

وعندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يُستحلَفُ في هذه الأشياءِ.

ولو حَدًّا ولِعانًا: لا.

ولا يُستحلَفُ في الحُدود واللِّعانِ عندَهم.

وصُورةُ اللِّعانِ: أن تَدَّعيَ الْمَرأةُ عليه القذفَ بالزِّنى ووُجوبَ اللِّعانِ، وهو يُنكِرُ.

لهما: أن هذه حُقوقٌ تَثبُتُ مع الشُّبُهاتِ، فيَجري فيها الاستِحلافُ[1]، كالأَموال، وعكسُها الحُدودُ؛ وهذا لأن فائِدةَ الحَلِفِ ظُهورُ الحقِّ بالنُّكول، والنُّكولُ إقرارٌ؛ لأن الحَلِفَ لَمّا وَجَب فتركُه دَليلٌ على أنه باذِلٌ أو مُقِرٌّ.

ولا يُمكِنُ أن يُجعَلَ باذِلًا، بدَليل أن النُّكولَ يُعتبَرُ من الْمَأذون والْمُكاتَبِ، وهما لا يَملِكان البذلَ، فيُجعَلُ مُقِرًّا ضَرورةً، والإقرارُ يَجري في هذه الأشياءِ، لكنه إقرارٌ فيه شُبهةٌ؛ لأنه سُكوتٌ في نَفسه، والسُّكوتُ مُحتمِلٌ، فلا يَكونُ حُجّةً فيما يَسقُطُ بالشُّبُهات، واللِّعانُ حدُّ الأزواجِ، فأشبَه حدَّ القذفِ.

وله: أن النُّكولَ بذلٌ وإباحةٌ، وهذه حُقوقٌ لا يَجري فيها البذلُ، فلا يُقضى فيها بالنُّكول، كالقِصاص في النَّفس، وعكسُها الأموالُ؛ وهذا لأنّا لو حَمَلناه على الإقرار لكَذَّبناه في الإنكار، ولو جَعَلناه بذلًا لقَطَعنا الخُصومةَ بلا تكذيبٍ، فكان هذا أَولى؛ صِيانةً للمُسلِم عن أن يُظَنَّ به الكَذِبُ.

والبذلُ لا يَجري في هذه الأشياءِ، فإن الْمَرأةَ لو قالت: (لا نِكاحَ بيني وبينَك، ولكني بَذَلتُ لك نَفسي): لا يَعمَلُ بذلُها.

---

(١) في (هـ): الاستخلاف.

وكذا لو قال: (لستُ بابنِ لفُلانٍ ولا مَولًى له، بل أنا حُرُّ الأصل، ولكن هذا يُؤذِيني بالدَّعوى، فأبَحتُ له أن يَدَّعيَني)، وكذا لو قال: (أنا حُرُّ الأصلِ، ولكن أبذُلُ نفسي ليَسترِقَّني): لا يَعمَلُ بذلُه أصلًا.

بخِلاف المالِ؛ فإنه لو قال: (هذا المالُ ليس له، ولكني أبَحتُه، وأبذُلُه له لأتخلَّصَ من خُصومته): صَحَّ بذلُه[1].

فالحاصِلُ: أن كلَّ محَلٍّ يَقبَلُ الإباحةَ بالإذن ابتِداءً يُقضى عليه بنُكوله، وما لا فلا.

وإنما اعتُبِر النُّكولُ من العَبد المَأذونِ والمُكاتَبِ، وإن كان النُّكولُ بذلًا: لأنه بذلٌ لضَرورة دفعِ الخُصومةِ، فلا يَجِدان بُدًّا منه، فيَملِكانه، كالضِّيافة اليَسيرةِ.

فإن قِيل: لو كان بذلًا لَمَا جَرى في الدَّين؛ لأن محَلَّه الأعيانُ لا الدُّيونُ؛ إذ البذلُ والإعطاءُ لا يَجرِيان في الأوصاف، والدَّينُ وصفٌ في الذِّمّة.

قُلنا: البذلُ هنا تركُ المنعِ، كأن المُدَّعيَ يَأخُذُه منه بِناءً على زَعمه أنه يَأخُذُ حقَّ نفسِه، ولا مانِعَ له، وأمرُ المالِ هَيِّنٌ، بخِلاف النِّكاحِ ونحوِه.

فإن قِيل: هذا التَّعليلُ مُخالِفٌ للحَديث المَشهورِ، وهو قولُه عَلَيهِ الصَّلاةُ وَالسَّلامُ: «واليَمينُ على من أنكَر»[2].

قُلنا: خُصَّ منه الحُدودُ واللِّعانُ، فجاز تَخصيصُ هذه الصُّوَرِ بالقِياس، قال القاضِي فخرُ الدِّينِ رَحِمَهُ اللَّهُ في «الجامِع الصَّغير»: والفَتوى على قَولهما.

وقِيل: يَنبَغي للقاضِي أن يَنظُرَ في حال المُدَّعى عليه، فإن رَآه مُتعنِّتًا يُحلِّفُه: ويَأخُذُ

---

(١) في (هـ): صح بداءة.

(٢) تقدم تخريجه.

بقولهما[1]، وإن كان مَظلومًا: لا يُحلِّفُه؛ أخذًا بقوله.

وسَرِقةٍ، فإن نكَل: ضَمِن، ولا يُقطَعُ.

ويُستحلَفُ في السَّرِقة، فإن نكَل ضَمِن، ولا يُقطَعُ؛ لأنه في السَّرِقة يَدَّعي المالَ والحدَّ، وإيجابُ الحدِّ لا تُجامِعُه الشُّبهةُ، وإيجابُ المالِ تُجامِعُه الشُّبهةُ، فيَثبُتُ به كما يَثبُتُ بشَهادة رَجُلٍ وامرأتين، فإنه لا يَثبُتُ القطعُ ويَضمَنُ.

وطَلاقٍ قبلَ وطءٍ، فإن نكَل: ضَمِن نِصفَ المهرِ.

وإذا ادَّعت الْمَرأةُ طَلاقًا قبلَ الدُّخولِ: استُحلِف الزَّوجُ، فإن نكَل ضَمِن نِصفَ المهرِ عندَهم؛ لأن الاستِحلافَ يَجري في الطَّلاق اتِّفاقًا، خُصوصًا إذا كان الْمَقصودُ المالَ، وكذا في النِّكاح إذا ادَّعت الصَّداقَ أو النَّفَقةَ؛ لأنه دَعوى المالِ، فيَثبُتُ بنُكوله المالُ لا النِّكاحُ.

وكذا في النَّسَب إذا ادَّعى حقًّا، كالإرث، والحِجْرِ في اللَّقيط، والنَّفَقةِ، وامتِناعِ الرُّجوعِ في الهِبة؛ لأن الْمَقصودَ هو الإرثُ إذا قال الْمُدَّعي إنه أَخُ الْمُدَّعى عليه لأبيه، وإن أَباهما مات وتَرَك مالًا في يَد هذا الْمُدَّعى عليه.

والحَضانةُ إذا ادَّعى حِجْرًا، بأن قال: (هذا الصَّغيرُ الذي التَقَطتُه أَخِي، ولي وِلايةُ الحِجْرِ عليه)، وأنكَر ذو اليدِ.

والنَّفَقةُ إذا قال الْمُدَّعي وهو زَمِنٌ: (إنه أَخُ الْمُدَّعى عليه، فافرِض لي عليه النَّفَقةَ)، وأنكَر الْمُدَّعى عليه أن يَكونَ هذا الْمُدَّعي أخاه.

وبُطلانُ حقِّ الرُّجوعِ، بأن أَراد الواهِبُ الرُّجوعَ في الهِبة، فقال الْمَوهوبُ له: (أنا

---

(١) في (ب) و(ج): ويأخذ بقوله.

أخوك)، فإنه يُستحلَفُ الْمُدَّعى عليه على ما يَدَّعي من النَّسب بالإجماع.

ولكن إن نكَل ثبَت ما ادَّعى من المال أو الحقِّ لا النَّسبِ.

وإنما يُستحلَفُ في النَّسب الْمُجرَّدِ عندهما إذا كان نسبًا يَثبُتُ بإقراره.

بيانُه: أن إقرارَ الرَّجُلِ يَصِحُّ بالأَب والابنِ والزَّوجةِ، والمولى، وإقرارَ المرأةِ يَصِحُّ بالأَب والزَّوجِ والمَولى، ولا يَصِحُّ بالابن؛ لأن فيه تَحميلَ النَّسبِ على الغَير، فكان إقرارًا على الغَير، فلا يَصِحُّ.

فلو ادَّعى رَجُلٌ أنه أبُوه أو ابنُه، ولم يَدَّعِ مالًا بسَبَبِه: يُستحلَفُ عندهما؛ لأنه لو أقرَّ به يَثبُتُ، فيُستحلَفُ لرَجاء النُّكولِ الذي هو إقرارٌ.

وإن ادَّعى أنه أخُوه أو عمُّه أو ما أشبَه ذلك: لا يُستحلَفُ الْمُدَّعى عليه؛ لأنه لو أقرَّ به لا يَثبُتُ؛ لأن فيه تَحميلَ النَّسبِ على الغَير.

وقِصاصٍ، فإن نكَل في النَّفس: حُبِس[م] كي يُقِرَّ أو يَحلِفَ، وفيما دونَه: يُقتَصُّ[م].

ومن ادَّعى على غَيرِه قِصاصًا، فجَحَد: استُحلِف إجماعًا، فإن نكَل فيما دونَ النَّفسِ اقتُصَّ منه، وإن نكَل في النَّفس لم يُقضَ[1] بقتلٍ ولا دِيَةٍ، ويُحبَسُ حتى يُقِرَّ أو يَحلِفَ، وهذا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ.

وعندَهما: تَلزَمُه الدِّيَةُ فيهما، ولا يُقضى بالقِصاص؛ لأن القِصاصَ فيما دونَ النَّفسِ عُقوبةٌ تُدرَأُ بالشُّبُهات، فلا تَثبُتُ بالنُّكول، كالقِصاص في النَّفس؛ وهذا لأن النُّكولَ وإن كان إقرارًا عندَهما ففيه الشُّبهةُ؛ لأنه إن امتَنَع عن اليَمين تورُّعًا عن اليَمين الصَّادقةِ لا يَكونُ إقرارًا، بل يَكونُ بدلًا، وإذا امتَنَع القَوَدُ تَجِبُ الدِّيَةُ.

---

(1) في (ب) و(ج): يقتص.

بخِلاف ما إذا أَقام على ذلك رَجُلًا وامرَأتين، أو الشَّهادةِ على الشَّهادة[1]؛ فإنه لا يُقضى بشيءٍ؛ لأن الأصلَ فيه أن المالَ مَشروعٌ فيه إذا أُضِيف التَّعذُّرُ إلى من عليه؛ اعتِبارًا بالخَطَأ، وإذا أُضِيف إلى الوليِّ لا يَجِبُ المالُ، وهنا أُضِيف التَّعذُّرُ إلى من عليه، حيث لم يُصرِّح بالإقرار، فأشبَه الخطَأ، وثَمَّ أُضِيف إلى الوليِّ الذي أَقام تلك البيِّنَةَ، فلم يَجِب المالُ.

ونَظيرُه: إذا أقَرَّ بالخَطَأ والوليُّ يَدَّعي العمدَ: يَجِبُ المالُ، وبعَكسه: لا يَجِبُ المالُ.

وله: أن الطَّرَفَ محَلُّ البذلِ، فيُستوفى بالنُّكول، كالمال؛ وهذا لأن الأطرافَ يُسلَكُ بها مَسلَكُ الأموالِ؛ لأنها خُلِقت وِقايةً للنَّفس، كالمال، فيَجري فيها البذلُ، بخِلاف الأنفُسِ؛ ألا تَرى أنه لو قال: (اقطَع يَدي)، فقَطَعَه: لا يَضمَنُ شيئًا، وهذا إعمالٌ للبَذل، وإنما لم يَحِلَّ: لعَدَم الفائِدةِ.

والمالُ كذلك إذا لم يَتضمَّن إتلافُه نفعًا، حتى إذا كان مُفيدًا، بأن وَقَع في يَده أَكَلَةٌ، فقال لآخرَ: (اقطَع يَدي): حَلَّ له قطعُه، ولو قَطَعه لا يَجِبُ عليه شيءٌ، والبذلُ هنا مُفيدٌ؛ لأنه يَصيرُ به مُتورِّعًا عن اليَمين الصّادقةِ، وتَندفِعُ خُصومتُه عنه، فصار كقَلع السِّنِّ للوَجَع[2].

وأما الكَلامُ في النَّفس: فهما يقَولان: إن النُّكولَ دَليلٌ فيه شُبهةٌ، فلا يَصلُحُ للقَوَد، ووَجَب المالُ؛ اعتِبارًا بالخَطَأ، وهو يَقولُ: إن النَّفسَ ليست بمحَلٍّ للبَذل، فلا يَصِحُّ إتلافُها بالنُّكول الذي هو بذلٌ؛ ألا تَرى أنها مَقصودةٌ، وسائِرُ نَعيمِ الدُّنيا يَتبَعُها.

---

(١) أي وبخلاف الشهادة على الشهادة.

(٢) في (ب) و(ج): الوجع.

ومن قال لآخرَ: (اقتُلني)، ففعَل: لم يُهدَر فِعلُه، وإذا امتَنَع القَوَدُ، واليَمينُ حقٌّ مُستحَقٌّ، فيُحبَسُ به، كما في القَسامة إذا امتَنَع واحِدٌ من اليَمين.. يُحبَسُ حتى يَحلِفَ؛ لأن اليَمينَ فيها مُستحَقّةٌ تَعظيمًا لأَمر الدَّم؛ لأنها مُهلِكةٌ مَعنًى صالِحةٌ للتَّعظيم شرعًا.

فإن قال: (لي شُهودٌ حُضورٌ)، وطَلَب حَلِفَه: لم يَحلِف(س م).

وإذا قال الْمُدَّعي: (لي شُهودٌ حُضورٌ في المِصر)، وطَلَب حَلِفَه: لم يُحلَّف عند أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، وقد بيَّنّاه[1]، ولكن يُقالُ لخَصمه: (أعطِه كَفيلًا بنفسك ثَلاثةَ أيامٍ)؛ لئلا يَغيبَ فيَبطُلَ حقُّ الْمُدَّعي.

وأَخِذ كَفيلٌ بنَفس خصمِه ثِقةٌ مَعروفٌ، وإن أَبى: لازَمه، أي دارَ مَعَه حيثُ سار، ولو غَريبًا: لازَمه قَدْرَ مَجلِسِ الحُكمِ.

ويَجِبُ أن يَكونَ الكَفيلُ ثِقةً مَعروفَ الدّارِ؛ حتى تَحصُلَ فائِدةُ التَّكفيلِ، وهو الاستيثاقُ.

وأخذُ الكَفيلِ بعدَ إقامةِ البَيِّنةِ قِياسٌ واستِحسانٌ، وقِيل: إقامتُها بمُجرَّد الدَّعوى استِحسانٌ عندَنا؛ إذ فيه نظَرٌ للمُدَّعي؛ حتى لا يَغيبَ فيَتمكَّنَ من إقامة البَيِّنةِ عليه، ويَتمكَّنَ القاضِي من القَضاء عليه، فيَحصُلَ إحياءُ حَقِّ الْمُدَّعي.

وليس في التَّكفيل كَثيرُ ضرَرٍ بالْمُدَّعى عليه؛ لأنه إن لم يكن مِن قصدِه الاختِفاءُ لا يَتضرَّرُ، وإن كان مِن قصدِه الاختِفاءُ كان ظالِمًا، فلا يُنظَرُ له، فيُكفَّلُ احتِياطًا؛ إذ الكَفالةُ تَعتمِدُ الوُجوبَ، والحُضورُ مُستحَقٌّ عليه بمُجرَّد الدَّعوى، ولهذا جاز إعداءُ[2] الخصمِ بطَلَب الْمُدَّعي، ويُحالُ بينَه وبينَ أشغالِه، فيَصِحُّ التَّكفيلُ بإحضاره.

---

(١) أي أول الباب.

(٢) في (ج): إغراء الخصم لطلب المدعي.

والتَّقديرُ بثلاثة أيامٍ مَرويٌّ عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وهو الصَّحيحُ، وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يُقدَّرُ بما بينَ مَجلِسَي القاضِي.

ولا فرقَ في الظّاهِر بينَ الخامِلِ والوَجيهِ، والحَقيرِ من المال والخَطيرِ.

وعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه إن كان مَعروفًا، والظّاهرُ من حاله أنه لا يُخفِي نفسَه بذلك القَدْرِ: لا يُجبرُ على إعطاء الكَفيلِ، وكذا لو كان الْمُدَّعى حَقيرًا لا يُخفِي المرءُ نفسَه بذلك القَدْرِ: لا يُجبرُ على إعطاء الكَفيلِ.

ولا بُدَّ للتَّكفيل[1] من قَوله: (لي شُهودٌ حُضورٌ في الْمِصر)، حتى لو قال الْمُدَّعي: (لا بيِّنةَ لي) أو (شُهودي غُيَّبٌ): لا يُكفَّلُ؛ لأنه لا فائِدةَ فيه.

فإن أَبى أن يُعطِيَه كَفيلًا: لازَمه، أي دار معه حيث سار حتى لا يَغيبَ، ولو كان غَريبًا لازَمه مِقدارَ مَجلِسِ القاضِي.

وكذا لا يُكفَّلُ إلا إلى آخِر الْمَجلِسِ؛ لأن في أَخذ الكَفيلِ والْمُلازَمةِ زِيادةً على هذا إضرارًا بالغَريب بمَنعه عن السَّفَر، ولا ضرَرَ في هذا القَدْرِ ظاهِرًا.

وطَلَب وَكيلًا بخُصومته، وكَفيلًا بنَفسه وبنَفس مُوكِّلِه لو دَينًا.

وله أن يَطلُبَ وَكيلًا بخُصومته، حتى لو غاب الأصيلُ يُقيمُ البيِّنةَ على الوَكيل، فيُقضى عليه.

وإن أعطاه وَكيلًا: له أن يُطالِبَه بالكَفيل بنَفس الوَكيلِ.

فلو أُخِذ كَفيلٌ بالمال طُلِب[2] كَفيلٌ بنَفس الأصيلِ وبالْمَنقول، لا العَقارِ.

---

(١) في (ج): للتكفل، وفي (د): للكفيل.

(٢) في (م) و(ن): طولب.

وإذا أعطاه كَفيلًا بنفس الوَكيلِ: له أن يُطالِبَه بالكَفيل بنَفس الأصيلِ، لو كان الْمُدَّعى دينًا؛ لأن الدَّينَ يُستوفى من ذِمّة الأصيلِ دونَ الوَكيلِ، فلو أخذ كَفيلًا بالمال له أن يَطلُبَ كَفيلًا بنفس الأصيلِ؛ لأن الاستيفاءَ من الأصِيل قد يَكونُ أيسَرَ.

وإن كان الْمُدَّعى مَنقولًا: له أن يُطالِبَه مع ذلك كَفيلًا بالعَين ليُحضِرَها، ولا يُغيِّبُه الْمُدَّعى عليه، وإن كان الْمُدَّعى عَقارًا لا يُحتاجُ إلى ذلك؛ لأنه لا يَقبَلُ التَّغييبَ.

وصحَّ الواحِدُ كَفيلًا بالنَّفس، ووَكيلًا بالخُصومة.

فلو أقَرَّ وغاب: قُضِي، ولو أُقيم فلم يُزكَّ فغاب: لا[1].

وصَحَّ أن يَكونَ الواحِدُ كَفيلًا بالنَّفس ووَكيلًا بالخُصومة؛ لأن الواحِدَ يَقومُ بهما، فلو أقَرَّ وغاب: قُضِي؛ لأن ذلك قَضاءُ إعانةٍ.

ولو أُقيمت البيِّنةُ، فلم تُزكَّ، فغاب الْمَشهودُ عليه، فزُكِّيت: لا يُقضى عليه حالَ غَيبتِه في ظاهِرِ الرِّوايةِ؛ لأن له حقَّ الجَرحِ في الشُّهود.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه يُقضى، وبه أخذ الخصّافُ رَحِمَهُ اللَّهُ.

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

ويُحلَّفُ بالله تَعالى، لا بطَلاقٍ وعَتاقٍ.

واليَمينُ بالله تَعالى دونَ غيرِه؛ لقَولِه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «لا تَحلِفوا بآبائكم ولا بالطَّواغِيت، فمن كان منكم حالِفًا فلْيَحلِف بالله أو لِيَذَرْ»[1].

ولا يُحلَّفُ بالطَّلاق والعَتاقِ؛ لِما رَوينا، وقِيل: في زَمانِنا: إذا أَلَحَّ الخصمُ ساغ[2] للقاضِي أن يُحلِّفَ بالطَّلاق؛ لِقلّة مُبالاةِ النّاسِ باليَمين بالله تَعالى، وكَثرةِ الامتِناعِ عن الحَلِف بالطَّلاق.

وغُلِّظ[3] بأَوصافه...

(١) روى البخاري (٦١٠٨) عن ابن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنه أدرك عمر بن الخطاب في ركب وهو يحلف بأبيه، فناداهم رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ألا إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم، فمن كان حالفًا فليحلف بالله، وإلا فليصمت»، ورواه مسلم (١٦٤٦) بلفظ: عن سالم بن عبد الله عن أبيه قال: سمعت عمر بن الخطاب يقول: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إن الله عَزَّوَجَلَّ ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم»، قال عمر: فوالله ما حلفت بها منذ سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عنها، ذاكرًا ولا آثرًا.

وروى الإمام أحمد (٢٠٦٢٤) والنسائي (٣٧٧٤) عن عبد الرحمن بن سمرة عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت».

(٢) في (ب): يباح.

(٣) غلظتُ عليه في اليمين تغليظًا: شددت عليه وأكدت، وغلظت اليمين تغليظًا أيضًا: قَوَّيتُها وأكّدتها. «المصباح» ٢/ ٤٥٠.

بما لاقَ[1] بكلٍّ[2]، لا بزمانٍ ومَكانٍ(ف).

ويُغلَّظُ بذِكر أوصافِه، نحوَ قولِه: (قل: واللهِ الذي لا إلهَ إلا هو، عالِمِ الغَيبِ والشَّهادةِ، الرَّحمنِ الرَّحيمِ، الذي يَعلَمُ من السِّرِّ ما يَعلَمُ من العَلانِيَة.. ما لفُلانٍ هذا عليك ولا قِبَلَك هذا المالُ الذي ادَّعاه، وهو كذا وكذا، ولا شيءٌ منه)، وله أن يَزيدَ في التَّغليظ على هذا، وله أن يُنقِصَ منه، إلا أنه يَحتاطُ فلا يَذكُرُ بلَفظ الواوِ؛ كيلا يَتكرَّرَ عليه اليَمينُ؛ إذ الْمُستحَقُّ عليه يَمينٌ واحِدةٌ.

وإن شاء القاضِي لم يُغلِّظ، فيَقولُ: (قل: بالله) أو (واللهِ)؛ وهذا لأن الْمَقصودَ منه النُكولُ، وأحوالُ النّاسِ فيه شتّى، فمنهم من يَمتنِعُ إذا غُلِّظ عليه اليَمينُ، ويَتجاسَرُ إذا لم يُغلَّظ، فكان الرَّأيُ في ذلك إلى القاضِي، إن شاء اكتفى باليَمين بالله تَعالى، وإن شاء غَلَّظ بذِكر الصِّفاتِ.

وقِيل: لا يُغلَّظُ على الرَّجُل الْمَعروفِ بالصَّلاح، ويُغلَّظُ على غَيره، وقِيل: يُغلَّظُ في الخَطير من المال دونَ الحَقيرِ.

ويُحلَّفُ اليَهوديُّ: بالله الذي أنزَل التَّوراةَ على مُوسى عَلَيۡهِ ٱلسَّلَامُ.

والنَّصرانيُّ: بالله الذي أنزَل الإنجيلَ على عِيسى عَلَيۡهِ ٱلسَّلَامُ.

والْمَجوسيُّ: بالله الذي خَلَق النّارَ.

فيُغلَّظُ على كلِّ واحِدٍ بما يَعتقِدُ تَغليظَ اليَمينِ به؛ ليَكونَ رادِعًا له عن الإقدام على اليَمين الكاذِبةِ.

---

(١) لاق الشيء بغيره وهو يليق به: إذا لزق، وما يليق به أن يفعل كذا: أي لا يزكو ولا يناسب ونحوه. «المصباح» ٢/ ٥٦١.

(٢) في (م) و(ن): (بما لا تكرار) بدل (بما لاق بكل).

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه لا يُحلِّفُ أحدًا إلا بالله خالِصًا؛ تَفادِيًا عن تَشريك الغيرِ معه في التَّعظيم.

وذَكَر الخصّافُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن لا يُحلَّفَ غيرُ اليَهوديِّ والنَّصرانيِّ إلا بالله، وهو اختِيارُ بعضِ مَشايخِنا رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ؛ لِما في ذِكر النّارِ في اليَمين من تَعظيم النّارِ؛ لأن اليَمينَ تُشعِرُ به، ولا يَنبَغي أن تُعظَّمَ النّارُ، بخِلاف التَّوراةِ والإنجيلِ؛ لأن كُتُبَ اللهِ واجِبةُ التَّعظيمِ.

ولا يُحلَّفُ الوَثَنيُّ إلا بالله؛ إذ الكَفَرةُ كلُّهم مع اختِلافِ نِحَلِهم يُقِرُّون بالله تَعالى، قال اللهُ تَعالى: ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُم مَّنْ خَلَقَهُمْ لَيَقُولُنَّ ٱللَّهُ﴾ [الزُّخرُف: ٨٧]، ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُم مَّنْ خَلَقَ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضَ لَيَقُولُنَّ ٱللَّهُ﴾ [لقمان: ٢٥].

ولا يُحلَّفون في بُيوت عِبادتِهم؛ لأن فيه تَعظيمَها، والقاضِي مَمنوعٌ عن أن يَحضُرَها.

ولا يَجِبُ تَغليظُ اليَمينِ على الْمُسلِم بزَمانٍ ولا مَكانٍ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن كانت اليَمينُ في قَسامةٍ، أو لِعانٍ، أو في مالٍ عَظيمٍ يَبلُغُ عِشرين مِثقالًا: يَختصُّ بالْمَكان، فبينَ الرُّكنِ والْمَقامِ في مكّةَ(١)، وعندَ مِنبَرِ النَّبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الْمَدينة(٢)، ومَسجِدِ الجامِعِ في غَيرهما، والْمَسجِدِ إن لم يكن ثَمَّ

---

(١) روى البيهقي (٢٠٦٩٦) من طريق الإمام الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ، عن عكرمة بن خالد: أن عبد الرحمن بن عوف رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ رأى قومًا يحلفون بين المقام والبيت فقال: أعلى دم؟ فقالوا: لا، قال: فعلى عظيم من الأموال؟ قالوا: لا، قال: لقد خشيت أن يبهى الناس هذا المقام.

قال: الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فذهبوا إلى أن العظيم من الأموال ما وصفت: من عشرين دينارًا فصاعدًا، قال: وقال مالك: يحلف على المنبر على ربع دينار.

قال الشيخ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: قوله: يبهى الناس: يعني يأنسوا به، فتذهب هيبته من قلوبهم. قال أبو عبيد: يقال: بهأت بالشيء إذا أنست به.

(٢) روى عبد الرزاق (١٥٢٤١) عن ابن جريج قال: سمعت عمر بن عطاء بن أبي الخوار يقول: =

جامعٌ، وبالزَّمان: بعدَ العصرِ يومَ الجُمُعةِ.

ولنا: إطلاقُ قولِه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «واليَمينُ على من أنكر»[1]، فالتَّخصيصُ بالْمَكان والزّمانِ زِيادةٌ عليه.

ولأن في تكليف القاضِي حُضورَها حرَجًا بَيِّنًا، وهو مَدفوعٌ بالنَّصّ[2]، وفي التَّغليظ بالزَّمَن تَأخيرُ حقِّ الْمُدَّعي في اليمين إلى ذلك الزَّمانِ.

ولأن اليَمينَ سبَبٌ لقَطع الخُصومةِ، فلا تَختصُّ بهما، كالبيِّنة.

على الحاصِل(س)[3]، أي: (بالله ما بينكما بيعٌ قائِمٌ) و(نِكاحٌ قائِمٌ)، و(ما يَجِبُ[4] عليك ردُّه)، و(ما هي بائِنٌ منك الآنَ)، في دَعوى البيعِ، والنّكاحِ، والغصبِ، والطَّلاقِ.

ويَنبَغي أن يُحلَّفَ على الحاصِل، أي: (بالله ما بينكما بيعٌ قائِمٌ) و(نِكاحٌ قائِمٌ)، و(ما يَجِبُ عليك ردُّه)، و(ما هي بائِنٌ منك الآنَ).. في دَعوى البيعِ، والنّكاحِ، والغصبِ، والطَّلاقِ.

والأصلُ: أن الدَّعوى إذا وَقَعت في سبَبٍ تَرتفِعُ بعدَ وُقوعِه، كالبَيع، والنّكاحِ، والغصبِ، والطَّلاقِ، فإن اليَمينَ تكونُ على الحاصِل لا على السَّبَب عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، حتى إذا ادَّعى أنه ابتَاع من هذا عبدَه بألفٍ، فجحَد: حُلِّف بالله ما

=قال النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «منبري على روضة من رياض الجنة، فمن حلف عنده على سواك أخضر كاذبًا فليتبوأ مقعده من النار، ليبلغ شاهدكم غائبكم».

(١) تقدم تخريجه.

(٢) بقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

(٣) يحلف على الحاصل: أي على ثبوت الحكم في الحال. «البناية» ٩/ ٣٤٧.

التحليف على الحاصل: أي على صورة إنكار المنكر. «الدر المختار» ص٥١٥.

(٤) في (ن): ويجب.

بينكما بيعٌ قائِمٌ، ولا يُحلَّفُ بالله ما بِعتَ، فلعله باع ثم أَقال.

وفي دَعوى النِّكاحِ: يُحلَّفُ بالله ما بينكما نِكاحٌ قائِمٌ في الحال، ولا يُحلَّفُ بالله ما نكَحتَ، فلعله نكَحها ثم خَلَعها أو أَبانها.

وفي دَعوى الغصبِ: يُحلَّفُ بالله ما يَجِبُ عليك ردُّه، ولا يُحلَّفُ بالله ما غَصَبتَ، فلعله غَصَب ثم سَلَّم، أو مَلَك بالهِبة أو بالبَيع.

وفي دَعوى الطَّلاقِ: يُحلَّفُ بالله ما هي بائِنٌ منك السّاعةَ، ولا يُحلَّفُ بالله ما طَلَّقها، فلعله طَلَّقها ثم راجَعها أو نكَحها.

فيُحلَّفُ على الحاصِل في هذه الوُجوهِ؛ لأنه لو حَلَف على السَّبَب يَتضرَّرُ الْمُدَّعى عليه؛ وهذا لأنه لو حُلِّف على نَفي أصلِ السَّبَبِ، كالبَيع ونحوِه: يَكونُ كاذِبًا، ولو لم يُحلَّف يَجِبُ تَسليمُ العبدِ العائِدِ إلى مِلكه بالإِقالة؛ لأنه لو ادَّعى الْمَعنى الطّارِئَ لم يُقبَل قولُه.

وإذا حَلَف على الحاصِل فقد وَفى الْمُدَّعِيَ والْمُدَّعى عليه حقَّهما؛ لعِلمنا أن مَقصودَ الْمُدَّعي من دَعوى البيعِ ونحوِه ثُبوتُ الحُكمِ، ومتى أمكَن إيفاءُ حقِّهما كان أَولى من إِيفاء حقِّ أَحَدِهما وإتواءِ حقِّ الآخَرِ.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُحلَّفُ في الجَميع على السَّبَب؛ لأن اليَمينَ تُستوفى لحقِّ[1] الْمُدَّعي، فوَجَب أن تكونَ مُطابِقةً لدَعواه، والْمُدَّعى هو السَّبَبُ.

إلا إذا عَرَّض بما ذَكَرنا، بأن يَقولَ الْمُدَّعى عليه إذا عَرَض القاضِي عليه اليَمينَ: (أيُّها القاضِي! قد يَبيعُ الإنسانُ شيئًا ثم يُقايِلُه[2])، فحينَئِذٍ يُحلِّفُ القاضِي على الحاصِل.

(١) في (أ) و(د): بحق المدعي.

(٢) في (هـ): يقبله، وفي (ب): يقابله، وهو كذلك في «الدرر» ٢/ ٣٣٦، وفي (أ) و(د) غير منقوطة.=

وعنه: أنه يَنظُرُ القاضِي إلى إنكار الْمُدَّعى عليه إن أنكر السَّبَبَ، كالبَيع ونحوِه: يُحلَّفُ على السَّبَب، وإن أنكر الحُكمَ يُحلَّفُ على الحاصِل، وعليه أكثَرُ القُضاةِ.

وقال فخرُ الإسلامِ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُفوَّضُ إلى رأي القاضِي.

ثم التَّحليفُ على الحاصِل هو الأصلُ عندَهما إذا كان سببًا يَرتفِع برافِعٍ، إلا إذا كان فيه تركُ النَّظَرِ للمُدَّعي، فحينَئذٍ يُحلَّفُ على السَّبَب إجماعًا، وذلك بأن تَدَّعيَ مَبتوتةٌ نَفَقةً، والزَّوجُ ممن لا يَراها، أو ادَّعى شُفعةً بالجِوار، والْمُشتَري ممن لا يَراها، بأن كان شافِعيًّا؛ إذ لو حُلِّف على الحاصِل بالله ما لها عليك النَّفَقةُ، أو ما هو مُستحِقٌّ للشُّفعة: يُصدَّقُ في يَمينه في مُعتقَده، فيَفوتُ النَّظَرُ في حقِّ الْمُدَّعي.

وإن كان سببًا لا يَرتفِعُ برافِعٍ: فالتَّحليفُ على السَّبَب إجماعًا، كالعَبد الْمُسلِمِ إذا ادَّعى العَتقَ على مَولاه، وجَحَد الْمَولى: يُحلَّفُ على السَّبَب بالله ما أعتَقه؛ لأنه لا ضَرورةَ إلى التَّحليف على الحاصِل؛ إذ لا يَجوزُ أن يَعودَ رَقيقًا بعدَ العَتقِ.

بخِلاف الأمةِ والعبدِ الكافِرِ؛ فإنه يُحلَّفُ فيهما على الحاصِل، أي: ما هي حُرَّةٌ أو ما هو حُرٌّ.. في الحال؛ لأنه يُمكِنُ تكرُّرُ الرِّقِّ على الأَمة بالرِّدّة واللَّحاقِ والسَّبيِ، وعلى العَبد الكافِرِ بنَقض العهدِ واللَّحاقِ، ولا يَتكرَّرُ على العَبد الْمُسلِمِ.

والعِلمِ[1] في الإرث.

وعلى العِلم في الإرث، أي لو وَرِث رَجُلٌ عبدًا، فادَّعى رَجُلٌ أنه له، ولا بيِّنةَ للمُدَّعي، وأراد استِحلافَ الوارِثِ على دَعواه: يُحلَّفُ بالله ما يَعلَمُ أن هذا عبدُه.

والبتِّ في الشِّراء والهِبةِ.

= والمثبت موافق لما في «قرة عين الأخيار» ٨/ ٧٠.

(١) أي يحلف على العلم...

وعلى البَتِّ في الشِّراء والهِبةِ، أي لو وَهَب رَجُلٌ لرَجُلٍ عبدًا، فقَبَضه، أو اشتَرى رَجُلٌ من رَجُلٍ عبدًا، فجاء رَجُلٌ وزَعَم أن العبدَ عبدُه، ولا بَيِّنَةَ له، فأَراد استِحلافَ الْمُدَّعى عليه: يُحلَّفُ على البَتات.

وأصلُه: أن التَّحليفَ في الشَّرع على نوعَين: على البَتات وعلى العِلم، وكِلاهما مَشروعٌ، فإنه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ حَلَّف اليهودَ في القَسامة بالله ما قَتَلتُم ولا عَلِمتُم له قاتِلًا[1]؛ وهذا لأن التَّحليفَ إنما يَصِحُّ على مَبلَغ عِلمِ من يُستحلَفُ، فأما أن يُكلَّفَ ما لا عِلمَ له به: فلا؛ لأنه يَمتنِعُ[2] منه شرعًا فيَبطُلُ حقُّه، أو يَفعَلُه فيَصيرُ إطلاقًا للباطِل.

ثم الْمُشتَري أو الْمَوهوبُ له مالِكٌ بسبَبٍ شَرعيٍّ وُضِع له، وهذا يُفيدُه عِلمًا بأنه مَلَكه، فيَصِحُّ تَحليفُه على البَتات؛ لوُجود الْمُطلِقِ له، فإن أَبى فقد نكَل عما هو مُطلَقٌ له، فصار باذِلًا.

وأما الوارِثُ: فلا عِلمَ له بما صَنَع مُورِّثُه ظاهِرًا، فلو حَلَّفناه على البَتات لامتَنَع عن اليَمين مع كونِه صادِقًا فيها، فيَتضرَّرُ به، فطُولِب بالعِلم إن كان له، فإذا لم يَفعَل مع الإمكانِ صار باذِلًا.

والضّابطُ: أن التَّحليفَ على فِعل نفسِه يَكونُ على البَتات، وعلى فِعل غيرِه على العِلم.

فإن قِيل: أنّى يَستقيمُ هذا، ولو ادَّعى عليه رَجُلٌ إباقَ عبدٍ قد باعه، والْمُدَّعى عليه يُنكِرُ الإباقَ: فإنه يُحلَّفُ على البَتات، وإن كان الإباقُ فِعلَ غيرِه؟!

---

(١) روى حديث الاستحلاف البخاري (٦٨٩٨) ومسلم (١٦٦٩)، وانظر الأحاديث في «نصب الراية» ٤/ ٣٩٢ وفي بعضها الاستحلاف وفي بعضها الحلف.

(٢) في (ج): ممتنع.

قُلنا: الْمُدَّعي يَدَّعي عليه تَسليمَ غيرِ السَّليمِ عن العَيب، وهو يُنكِرُ، وإنه فِعلُه.

وقِيل: التَّحليفُ على فِعلِ الغيرِ يَكونُ على العِلم، إلا إذا كان سببًا يَتَّصِلُ به، فحينَئذٍ يُحلَّفُ على البَتات، فخُرِّج على هذا فصلُ الرَّدِّ بالعَيب؛ لأن ذا مما يَتَّصِلُ به؛ إذ تَسليمُ العبدِ سَليمًا واجِبٌ على البائِع.

فلو افتَدى حَلِفَه، أو صالَح على شيءٍ: لم يُحلَّف بعدَه.

رَجُلٌ ادَّعى على آخرَ مالًا، فأنكَر، فاستُحلِف، فافتَدى يَمينَه بمالٍ، أو صالَح عن يَمينه على مالٍ: فهو جائِزٌ؛ لِما رُوِي عن عُثمانَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ أنه ادُّعِي عليه أربَعون دِرهَمًا، فأَعطى شيئًا، وافتَدى يَمينَه، ولم يَحلِف[1]، وعن حُذيفةَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ: أنه افتَدى يَمينَه بمالٍ[2].

ولأنه لو حَلَف يَقَعُ في القِيل والقالِ؛ فإن النّاسَ بينَ مُصدِّقٍ ومُكذِّبٍ، فإذا افتَدى يَمينَه فقد صان عِرضَه، وهو حسَنٌ، قال عَلَيْهِٱلصَّلَاةُوَٱلسَّلَامُ: «ذُبُّوا عن أَعراضكم بأَموالكم»[3].

وليس للمُدَّعي أن يَستحلِفَه بعدَ ذلك أبدًا؛ لأنه أسقَط خُصومتَه بأَخذ البدَلِ منه، واللهُ أعلَمُ.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) روى عبد الرزاق (١٦٠٥٥) عن الأسود بن قيس، عن رجل من قومه قال: أعرَفَ حذيفةُ بعيرًا له مع رجل، فخاصمه، فقضي لحذيفة بالبعير، وقضي عليه باليمين، فقال حذيفة: افتد يمينك بعشرة دراهم، فأبى الرجل، فقال له حذيفة: بعشرين، فأبى، قال: فبثلاثين، قال: فأبى، قال: فبأربعين؟ فأبى الرجل، فقال حذيفة: أتظن أني لا أحلف على مالي؟ فحلف عليه حذيفة.

(٣) رواه ابن عدي في «الكامل» ٣/ ٢٣٨، والخطيب البغدادي في «تاريخه» (٣٠٠٥)، وابن عساكر في «تاريخه» ١٤/ ٣٢٧.

بَابُ التَّحَالُفِ

اختَلَفا في قَدْر الثَّمَنِ، أو الْمَبيعِ، أو المهرِ: قُضِي لمن بَرْهَن.

إذا اختلَف الْمُتبايَعان في قَدْر الثَّمَنِ أو الْمَبيعِ، بأن ادَّعى الْمُشتَري ثَمَنًا وادَّعى البائِعُ أكثَرَ منه، أو اعترَف البائِعُ بقَدْرٍ من الْمَبيع[1] وادَّعى الْمُشتَري أكثَرَ منه، أو اختلَف الزَّوجان في الْمَهر، فادَّعى الزَّوجُ أنه تَزوَّجها بألفٍ وقالت: (تَزوَّجتَني بألفين): فأيُّهما أَقام البيِّنَةَ قُضِي له، لأنه نَوَّر دَعواه بالحُجّة، فبَقِي في الجانِب الآخَرِ مُجرَّدُ الدَّعوى، والبيِّنةُ أَقوى منها؛ لأنها تُلزِمُ[2] على القاضِي الحُكمَ، والدَّعوى لا تُلزِمُ.

وإن بَرْهَنا: فلمُثبِت الزِّيادةِ.

وإن أَقاما البيِّنَةَ: فالبيِّنةُ الْمُثبِتةُ للزِّيادة أَولى؛ لأن البيِّناتِ شُرِعت للإثبات، وفي الزِّيادة لا مُعارَضةَ.

ولو كان الاختِلافُ في الثَّمَن والْمَبيعِ جميعًا، بأن ادَّعى البائِعُ أكثَرَ مما يَدَّعيه الْمُشتَري من الثَّمَن، وادَّعى الْمُشتَري أكثَرَ مما يُقِرُّ به البائِعُ من الْمَبيع.. في حالةٍ واحِدةٍ: فبيِّنةُ البائِعِ أولى في الثَّمَن؛ لأنها أكثَرُ إثباتًا، وبيِّنةُ الْمُشتَري أولى في الْمَبيع؛ لأنها أكثَرُ إثباتًا.

(١) في (هـ): بقدر من الثمن.

(٢) في (ج): لا تلزم.

وإن عَجَزا، ولم يَرضَيا بدَعوى أحَدِهما: تَحالَفا.

وإن لم يكن لكلِّ واحِدٍ منهما بيِّنةٌ: قِيل للمُشتَري: إما أن تَرضى بالثَّمَن الذي ادَّعاه البائِعُ، وإلا فَسَخنا البيعَ، وقِيل للبائِع: إما أن تُسلِّمَ ما ادَّعاه الْمُشتَري من الْمَبيع، وإلا فَسَخنا البيعَ؛ لأن الغرَضَ قطعُ الخُصومةِ، وقد أمكَن ذلك برِضا أحَدِهما بما يَدَّعيه الآخَرُ عليه، فيَجِبُ ألا يَعجَلَ القاضِي بالفَسخ حتى يَسأَلَ كلَّ واحِدٍ منهما عما يَختارُه، فإن لم يَتراضَيا استَحلَفَ القاضِي كلَّ واحِدٍ منهما على دَعوى الآخَرِ.

وأصلُه: أن التَّحالُفَ قبلَ القبضِ حالَ قِيامِ السِّلعةِ على وَفْق القِياسِ؛ لأن البائِعَ يَدَّعي على الْمُشتَري زِيادةَ الثَّمَنِ، والْمُشتَري يُنكِرُ، والْمُشتَري يَدَّعي على البائِع وُجوبَ تَسليمِ الْمَبيعِ بما ادَّعاه ثَمَنًا، والبائِعُ يُنكِرُه، فكان كلُّ واحِدٍ منهما مُنكِرًا، وتَحليفُ الْمُنكِرِ مُوافِقٌ للقِياس.

أما التَّحالُفُ بعدَ القبضِ(١): فعلى خِلاف القِياسِ عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ؛ لأن الْمَبيعَ سَلِم للمُشتَري، فلا يَكونُ مُدَّعيًا على البائِع شيئًا، فبَقِي دَعوى البائِعِ على الْمُشتَري زِيادةَ الثَّمَنِ، وهو يُنكِرُ.

وإنما يَثبُتُ التَّحالُفُ بعدَ القبضِ بقَوله عَلَيْهِٱلصَّلَاةُوَٱلسَّلَامُ: «إذا اختَلَفَ الْمُتبايِعان والسِّلعةُ قائِمةٌ بعَينها: تَحالَفا وتَرادّا»(٢).

---

(١) في (ج): أما التحالف قبل القبض، وفي (هـ): بعد قبض الثمن.

(٢) قال في «نصب الراية» ٤/ ١٠٥: قال عَلَيْهِٱلسَّلَامُ: «إذا اختلف المتبايعان، والسلعة قائمة بعينها: تحالفا وترادا»، قلت: يأتي في الحديث بعده.. قال عَلَيْهِٱلسَّلَامُ: «إذا اختلف المتبايعان، فالقول ما قاله البائع»، قلت: أخرجه أصحاب السنن الأربعة من حديث ابن مسعود، وله طرق: فأبو داود في البيوع (٣٥١١)... أن عبد الله بن مسعود باع للأشعث بن قيس رقيقًا من رقيق الخمس بعشرين ألف درهم،=

وبُدِئ(س) بيمين الْمُشتَري.

ويُبدَأُ بيَمين الْمُشتَري في الصَّحيح، وهو الْمَرويُّ عن أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ، وهو قولُ محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ وزفرَ رَحِمَهُٱللَّهُ؛ لأنه أَقواهما إنكارًا؛ لأنه الْمُطالَبُ أوَّلًا بالثَّمَن، فيكونُ هو البادِئَ بالإنكار، فيُبدَأُ بيَمينه.

ولأن اليَمينَ إنما شُرِعت لفائِدة النُّكولِ، حتى لا يُستحلَفُ فيما لا يُستوفَى بالنُّكول، ونُكولُ الْمُشتَري تتعَجَّل[1] فائِدتُه، وهو تَسليمُ الثَّمَنِ، ونُكولُ البائِعِ تَتأَخَّرُ فائِدتُه؛ لأن تَسليمَ الْمَبيعِ يُؤَخَّرُ إلى زَمان استِيفاءِ الثَّمَنِ؛ لأنه يُقالُ له: (أمسِك الْمَبيعَ حتى تَستوفِيَ الثَّمَنَ)، فكان تَقديمُ ما تَتعجَّلُ فائِدتُه بالنُّكول أَولى.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ: أنه يُبدَأُ بيَمين البائِعِ؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «إذا اختلَف الْمُتبايِعان: فالقولُ ما قاله البائِعُ»[2]، خَصَّه بالذِّكر، فكان يَنبغي أن يُكتفى بيَمينه، فإن تَقاصَر عن إفادة ذلك فلا يَتقاصَرُ عن إفادة التَّقديمِ.

وقِيل: يُقرَعُ بينهما، وقِيل: يُبدَأُ بيَمين الزَّوجِ في النِّكاح عندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ؛ تَعجيلًا لفائِدة النُّكولِ، كما في الْمُشتَري، وقد ذَكَرنا في النِّكاح: أنه يُقرَعُ بينَهما في البِداءة.

وهذا إذا كان بيعَ عَينٍ بدَينٍ، فإن كان بيعَ عَينٍ بعَينٍ أو ثَمَنٍ بثَمَنٍ: بَدأ القاضِي

= فأرسل عبد الله إليه في ثمنهم، فقال: إنما أخذتهم بعشرة آلاف، فقال عبد الله: إن شئت حدثتك بحديث سمعته من رسول الله صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ، سمعته يقول: «إذا اختلف المتبايعان ليس بينهما بينة، فالقول ما يقول رب السلعة، أو يتاركان»... إلى آخر ما ذكر من الطرق. وانظر كلام العيني حوله في «البناية» ٩/ ٣٥٣.

(١) في سوى (أ): بتعجيل.

(٢) انظر التخريج السابق.

يَمين أيِّهما شاء؛ لاستِوائهما في فائِدة النُّكولِ.

وصِفةُ التَّحالُفِ: أن يُحلَّفَ الْمُشتَري بالله ما اشتَراه بألفَين، ويُحلَّفَ البائِعُ بالله ما باعه بألفٍ[١]، كذا ذَكَر في «الأصل»، وذَكَر في «الزِّيادات»: يُحلَّفُ البائِعُ بالله ما باعه بألفٍ، ولقد باعه بألفَين، ويُحلَّفُ الْمُشتَري بالله ما اشتَراه بألفَين، ولقد اشتَراه بألفٍ، فيُضَمُّ الإثباتُ إلى النَّفي للتَّأكيد والاحتِياطِ.

بَيانُه: أنه لو حَلَفَ الْمُشتَري بالله ما اشتَراه بألفَين[٢]: رُبَّما[٣] يَحْلِفُ ويَكونُ بارًّا في يَمينه، فلعله اشتَراه بألفٍ وتِسعِمائةٍ، فيَبطُلُ حقُّ البائِعُ في الزِّيادة.

وكذا البائِعُ لو حَلَف بالله ما باعه بألفٍ ربما يَحْلِفُ لجَواز أنه باعه بألفٍ ودِرهَمٍ[٤]، ويَكونُ صادِقًا في يَمينه أنه لم يَبع بألف دِرهَمٍ، فيَبطُلُ حقُّ الْمُدَّعي[٥].

والأصَحُّ: الاقتِصارُ على النَّفي؛ لأن الأيمانَ وُضِعت للنَّفي، كما رَوَينا من[٦] حَديث القَسامةِ[٧]، ولا عِبرةَ بذلك الوَهْمِ؛ لأن البائِعَ لو كان باعه بألفٍ وتِسعِمائةٍ لا يَدَّعي البيعَ بألفَين؛ لأنه يَعلَمُ أن الْمُشتريَ متى حَلَف على دَعواه لا يُبالِي من الحَلِفِ؛ لأنه لا يَحنَثُ في يَمينه.

وكذا الْمُشتَري لو كان اشتَرى بألفٍ ودِرهَمٍ لا يَدَّعي الشِّراءَ بألفٍ؛ لأنه يَعلَمُ أن

---

(١) في (ب): ولقد باعه بألفين.

(٢) في (هـ): ولقد اشتراه بألف.

(٣) سقطت من (ب) و(ج).

(٤) في (د) و(هـ): بألف درهم.

(٥) في (أ) و(د): المشتري.

(٦) في (هـ): في حديث.

(٧) أي قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلاً»، وقد تقدم تخريجه.

البائعَ لا يُبالِي من الحَلِف على ألفٍ؛ لأنه لا يَحنَثُ في يَمينه.

وفُسِخ بالقَضاء[1] بطَلَب(و) أحَدِهما البيعُ، لا النّكاحُ.

فإن حَلَفا: فَسَخ القاضِي البيعَ بينَهما إن طَلَبا أو طَلَب أحَدُهما، وقِيل: يَنفسِخُ بنَفس التَّحالُفِ، والصَّحيحُ هو الأوَّلُ؛ لأنهما لَمّا حَلَفا لم يَثبُت ما ادَّعاه كلُّ واحِدٍ منهما، فيَبقى بيعًا بثَمَنٍ مَجهولٍ، فيَفسَخُه القاضِي قطعًا للمُنازَعة بينَهما.

ولأنهما إذا حَلَفا لم يَثبُت البدَلُ؛ للتَّعارُض بينَ قَولَيهما، فبَقِي بيعًا بلا بدَلٍ، وهو فاسِدٌ[2]، ولا بُدَّ من الفَسخ في البَيع الفاسِدِ.

ولا يُفسَخُ النّكاحُ؛ لأن أثَرَ التَّحالُفِ في بُطلان التَّسميةِ، وذا لا يُخِلُّ بصِحّة النّكاحِ؛ إذ المهرُ تابعٌ فيه، وفي البَيع عدَمُ التَّسميةِ يُفسِدُه كما بَيَّنّا.

ومن نَكَل لَزِمه دَعوى الآخَرِ، وحُكِّم مهرُ الْمِثلِ، فقُضِي بقَوله لو مِثلَه أو أقَلَّ، وبقَولها لو مِثلَه أو أكثَرَ، وبه لو بينَهما.

وأيُّهما نكَل عن اليَمين لَزِمه دَعوى الآخَرِ؛ لأنه صار مُقِرًّا بما يَدَّعيه خصمُه أو باذِلًا له.

ثم إذا لم يُفسَخ النّكاحُ يُحكَّمُ مهرُ الْمِثلِ.. فإن كان مِثلَ ما قال الزَّوجُ أو أقَلَّ: قُضِي بقَوله؛ لشَهادة الظّاهِرِ له، وإن كان مِثلَ ما قالَته أو أكثَرَ: قُضِي بقَولها، وإن كان بينَهما.. بأن كان أكثَرَ مما قاله وأقَلَّ مما قالَته[3]: قُضِي بمَهر الْمِثلِ؛ لأنه لم تَثبُت الزِّيادةُ على مَهر الْمِثلِ ولا الحطُّ عنه؛ للتَّحالُف، فقد ذَكَر التَّحالُفَ أوَّلًا ثم التَّحكيمَ.

---

(١) في (م) و(ن): القاضي.

(٢) في (هـ): فاسد (في رواية). وهي مشطوبة في (أ).

(٣) في (هـ): أو أكثر قضي.

وهذا قولُ الكَرخيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعندَ الرّازيِّ: يُحكَمُ بمَهر الْمِثلِ، ثم يَتحالَفان، وقد شَرَحناه في كِتاب النّكاحِ.

ولو ادَّعى الزَّوجُ النّكاحَ على هذا العبدِ، والْمَرأةُ تَدَّعيه على هذه الأمةِ: فهو كما مَرّ، إلا أن قِيمةَ الأمةِ إذا كانت مِثلَ مهرِ الْمِثلِ كان لها قِيمتُها دونَ عَينِها؛ لأن عَينَها لا تُتملَّكُ إلا بالتَّراضِي، ولم يُوجَد.

وفي أَصل البيعِ، والأجَلِ، وشرطِ الخِيارِ، وقبضِ بعضِ الثَّمَنِ، ومَكانِ دفعِ الْمُسلَمِ فيه، وبعدَ فَواتِ الْمَبيعِ أو بعضِه إن لم يكن مُقايَضةً، أو[1] تَغيُّرِه، وفي الثَّمَن بعدَ[2] إقالةِ السَّلَمِ، لا البيعِ: حُلِّف الْمُنكِرُ، وعاد البيعُ، لا السَّلَمُ.

وإن اختَلَفا في أَصل البيعِ، أو في الأجَل، أو في شَرط الخِيارِ، أو في قَبض بعضِ الثَّمَنِ، أو في مَكان دفعِ الْمُسلَمِ فيه[3]: لم يَتحالَفا، والقولُ لِمُنكِرِ العقدِ، والأجَلِ، وشرطِ الخِيارِ، والقبضِ.

أما في الأوَّل: فللتَّفرُّد بالإنكار، وتَقريرُ الأخيرِ مَرَّ في البُيوع.

وأما في غَيرهما: فلأنهما اتَّفَقا على الْمَعقود عليه والْمَعقودِ به، واختَلَفا في أمرٍ زائِدٍ، فلا يَتحالَفان، كما لو اختَلَفا في الحطِّ والإبراءِ.

بخِلاف الاختِلافِ في وَصف الثَّمنِ وجِنسِه؛ حيث يَتحالَفان فيهما، كما في القَدْر؛ لأن الاختِلافَ في الصِّفة[4] فيما هو دَينٌ..........................

(١) في (ع) و(ف): و.

(٢) في (ف): قبل.

(٣) في (أ): دفع السلم.

(٤) في (ب): في الصورة.

اختِلافٌ في الْمَعقود به[1]، فيَجري التَّحالُفُ بينَهما.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا اختَلَف البائِعُ والْمُشتَري في نَفي الأجَلِ وإثباتِه، أو اختَلَف العاقِدان في السَّلَم في قَدْر الأجَلِ: تَحالَفا؛ لأن النَّصَّ أوجَب التَّحالُفَ عندَ اختِلافِ الْمُتبايِعَين ولم يَفصِل، فيَجِبُ التَّحالُفُ في الأجَل كما يَجِبُ في الوَصف.

قُلنا: عَلَّق وُجوبَ التَّحالُفِ باختِلاف الْمُتبايِعَين، وهو اسمٌ مُشتَقٌّ من البَيع، فيَتعلَّقُ وُجوبُ التَّحالُفِ باختِلافهما فيما يَثبُتُ به البيعُ، والبيعُ يَثبُتُ بالْمَبيع والثَّمَنِ لا بالأجَل، فكأنه قال: إذا اختَلَف الْمُتبايِعان في الْمَبيع أو في الثَّمَن: تَحالَفا.

فإن قِيل: الأجَلُ يُوجِبُ نُقصانًا في الثَّمَن، فكان ذلك اختِلافًا في وَصف الثَّمَنِ.

قُلنا: الأجَلُ ليس بوصفٍ للثَّمَن؛ بدَليل أن الأجَلَ يَمضي، والثَّمَنَ مَوجودٌ مُستحَقٌّ، ولو كان وصفًا له لتَبِعه.

ولأن أصلَ الثَّمَنِ حقُّ البائِعِ، والأجَلَ حقُّ الْمُشتَري، ولو كان وصفًا للثَّمَن لكان تابِعًا للأصل وحقًّا للبائِع.

فإن هَلَك الْمَبيعُ، ثم اختَلَفا في الثَّمَن: لم يَتحالَفا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ وأبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ، والقولُ للمُشتَري.

وعندَ محمدٍ والشّافعيِّ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: يَتحالَفان، ويُفسَخُ البيعُ على قِيمة الهالِكِ.

وعلى هذا: إذا خَرَج الْمَبيعُ عن مِلكه، أو تَغيَّر وصار بحالٍ لا يَقدِرُ على ردِّه بالعَيب.

لهما: قولُه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «إذا اختَلَف الْمُتبايِعان تَحالَفا وتَرادّا»[2]، وهذا النَّصُّ

---

(١) في (أ): المعقود عليه.

(٢) تقدم تخريجه.

مُطلَقٌ، ولئن تَقيَّد[1] بحال قِيامِ السِّلعةِ -بقَرينة التَّرادِّ؛ إذ الْمُرادُ به تَرادُّ العِوَضين لا تَرادُّ العقدِ؛ لأنه لا يُتصوَّرُ ذلك- فنَقولُ: النَّصُّ مَعلولٌ بعِلّة أن كلَّ واحِدٍ منهما يَدَّعي عقدًا غيرَ العقدِ الذي يَدَّعيه صاحِبُه، والآخَرُ يُنكِرُ؛ إذ البيعُ يَختلِفُ باختِلاف الثَّمنِ، فعَدَّينا إلى حال الهلاكِ.

ويَكونُ التَّرادُّ للقِيمة؛ لأن قِيمةَ الشَّيءِ تَقومُ مَقامَه، وتَندفِعُ الزِّيادةُ عن الْمُشتَري لو نكَلَ البائِعُ، فكان التَّحالُفُ مُفيدًا؛ ألا تَرى أنهما لو اختَلَفا في جِنس الثَّمَنِ بعدَ هَلاكِ السِّلعةِ يَتحالَفان، بأن يَدَّعيَ أحَدُهما دَراهِمَ والآخَرُ الدَّنانيرَ، ويَلزَمُ الْمُشتريَ ردُّ القِيمةِ.

ولهما: قولُه عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إذا اختَلَفَ الْمُتبايِعان والسِّلعةُ قائِمةٌ بعَينها: تَحالَفا وتَرادّا»[2]، وقولُه: «والسِّلعةُ قائِمةٌ» مَذكورٌ على وَجه الشَّرطِ، والْمُطلَقُ يُحمَلُ على الْمُقيَّد إذا وَرَدا في حادِثةٍ واحِدةٍ في حُكمٍ واحِدٍ.

والتَّحالُفُ بعدَ القبضِ على خِلاف القِياسِ، فلا يَتعدّى إلى حال هَلاكِ السِّلعةِ؛ لأن حالَ هَلاكِ السِّلعةِ ليس في مَعنى حالِ قِيامِ السِّلعةِ؛ لأن عندَ قِيامِها يَندفِعُ الضَّررُ عن كلِّ واحِدٍ منهما بالتَّحالُف، فإنه يُفسَخُ العقدُ فيَعودُ كلُّ واحِدٍ منهما إلى رَأس مالِه بعَينه، وبعدَ هَلاكِها لا يَحصُلُ ذلك، فالعقدُ بعدَ هَلاكِ السِّلعةِ لا يَحتمِلُ الفسخَ بالإقالة والرَّدَّ بالعَيب، فكذا بالتَّحالُف؛ إذ الفسخُ لا يَرِدُ إلا على ما وَرَد عليه العقدُ.

ولا مَعنى لقَولهما: إن كلَّ واحِدٍ منهما يَدَّعي عقدًا آخرَ[3]: لأنه لا يُبالَى بالاختِلاف في السَّبَب بعدَ حُصولِ الْمَقصودِ، وهو سَلامةُ الْمَبيعِ للمُشتَري، حيث سَلِم له وهَلَك

---

(١) في (هـ): وليس بمقيد بحال.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) في (ج): عقد الآخر.

على مِلكه، سَواءٌ كان الأمرُ على ما زَعَم هو أو البائِعُ، فلَغا ذِكرُ السَّبَبِ، وصار بمَنزِلة اختِلافِهما في ألفٍ وألفين[1] بلا سببٍ، فتكونُ اليَمينُ على مُنكِرِ الألفِ الزّائِدِ.

وهذا بخِلاف ما لو اختلَفا في جِنس الثَّمَنِ؛ لأن البائِعَ يَدَّعي عليه الدَّنانيرَ والْمُشتَرِيَ يُنكِرُ، والْمُشتَرِيَ يَدَّعي الشِّراءَ بالدَّراهِم والبائِعَ يُنكِرُ، وإنكارُه صَحيحٌ؛ لأن الْمَبيعَ لا يَسلَمُ للمُشتَري إلا بثَمَنٍ، ولم يَتَّفِقا على ثَمَنٍ، وهنا اتَّفَقا على الألف، وهو يَكفي للصِّحّة، والفائِدةُ الْمَرعيّةُ ما يُوجِبُه العقدُ، وفائِدةُ دفعِ زِيادةِ الثَّمَنِ ليس من مُوجَباته، بل من مُوجَبات نُكولِ البائِعِ.

وهذا إذا كان الثَّمَنُ دَينًا، فإن كان مُقايَضةً: يَتحالَفان بعدَ هَلاكِ أحدِ البدَلَين؛ إذ كلُّ واحِدٍ منهما مَبيعٌ، فكان البيعُ قائِمًا ببَقاء البدَلِ الآخَرِ، فيُمكِنُ فسخُه، وإذا فُسِخ يَرُدُّ مِثلَ الهالِكِ إن كان مِثليًّا، وقِيمتَه إن لم يكن مِثليًّا[2].

وإن اشتَرى عَبدَين صَفقةً واحِدةً، وقَبَضهما، ثم مات أحَدُهما، واختَلَفا في الثَّمَن، فقال الْمُشتَري: (اشتَريتُهما بألف دِرهَمٍ)، وقال البائِعُ: (اشتَريتُهما بألفَي دِرهَمٍ): لم يَتحالَفا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ إلا أن يَرضى البائِعُ أن يَترُكَ حِصّةَ الهالِكِ.

وفي «الجامِع الصَّغيرِ»: القولُ قولُ الْمُشتَري مع يَمينِه عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، إلا أن يَشاءَ البائِع أن يأخذ الحيَّ، ولا شيءَ له.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: يَتحالَفان في الحيِّ، ويُفسَخُ العقدُ في الحيِّ، والقولُ للمُشتَري في حِصّة الهالِكِ من الثَّمَن مع يَمينِه.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَتحالَفان عليهما، ويَرُدُّ الحيَّ وقِيمةَ الهالِكِ.

---

(١) في (أ) و(هـ): أو ألفين.

(٢) في (ب): إن كان قيميًّا.

وعلى هذا الخِلافِ: إذا اشتَرى عبدًا، فباع نِصفَه بعدَ القبضِ، ثم اختَلَف البائعُ الأوَّلُ مع الْمُشتَري الأوَّلِ في ثَمَن العبدِ، فعندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لم يَتحالَفا، والقولُ للمُشتَري مع يَمينِه.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَتحالَفان في النِّصف الذي بَقِي على مِلك الْمُشتَري إن رَضِي بائِعُه بقَبول هذا النِّصفِ.

وعندَ محمدٍ: يَتحالَفان في الكلّ، وإذا حَلَفا رَدَّ الْمُشتَري على البائِع نِصفَ قِيمةِ العبدِ، ويَرُدُّ النِّصفَ الذي بَقِي على مِلكه إن قَبِله البائعُ، وإن أَبى بعَيب الشِّرْكةِ رَدَّ قِيمةَ هذا النِّصفِ أيضًا.

فمحمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ مَرَّ على أَصله؛ فإنّ[1] هَلاكَ جَميعِ الْمَبيعِ عندَه لا يَمنَعُ التَّحالُفَ، فهَلاكُ البعضِ أَولى.

وأبو يوسف يَقولُ: لو كان الكلُّ قائِمًا لثَبَت التَّحالُفُ في الكلّ، ولو فات الكلُّ يَفوتُ التَّحالُفُ في الكلّ، فإذا فات البعضُ وبَقِي البعضُ: يَبقى التَّحالُفُ في الباقِي، ويَفوتُ في الفائِت؛ اعتِبارًا للبَعض بالكلّ.

وهذا لأن الحُكمَ لا يَزيدُ على العِلّة، وعدَمُ التَّحالُفِ للهَلاك، فيَتقدَّرُ بقَدْره.

وأبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ يَقولُ: التَّحالُفُ بعدَ القبضِ ثَبَت بالسُّنّة على خِلاف القِياسِ عندَ قِيامِ السِّلعةِ، وهي اسمٌ لجَميع الْمَبيعِ، فإذا هَلَك بعضُه فقد فات الشَّرطُ، فزال[2] الحُكمُ الذي تَعلَّق به غيرُ مَعقولٍ.

---

(١) في (هـ): بأن.

(٢) كذا في الأصول، وفي «البناية» ٩/ ٣٦١: فذلك.

ولأن التَّحالُفَ في القائِم إنما يَجِبُ بحِصّته[1]، وهي مَجهولةٌ تُعرَفُ بالحَزْر والظَّنِّ، ولم يَقَع الشِّراءُ بها فيَتأوَّلُ[2] الْمُشتَري ذلك أو البائِعُ، فيُحلَّفان كاذِبَين على التَّأويل، إلا أن يَرضى أن يَترُكَ حِصّةَ الهالِكِ، أي لا يَأخُذَ من ثَمَن الهالِكِ شيئًا أصلًا، ويُجعَلُ الهالِكُ كأن لم يكن، وكأن العقدَ لم يكن إلا على القائِم، فيَتحالَفان.

هذا تَخريجُ بعضِ الْمَشايِخ رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ، ويَنصرِفُ الاستِثناءُ عندَهم إلى التَّحالُف، وقالُوا: إن الْمُرادَ بقَوله في «الجامِع الصَّغيرِ»: (يَأخُذُ الحيَّ، ولا شيءَ له)، أي: لا يَأخُذُ من ثَمَن الهالِكِ شيئًا أصلًا.

وقال بعضُ الْمَشايِخ رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ: يَأخُذُ من ثَمَن الهالِكِ بقَدْر ما أقَرَّ به الْمُشتَري، وإنما لا يَأخُذُ الزِّيادةَ.

وعلى قَول هؤلاء: يَنصرِفُ الاستِثناءُ إلى يَمين الْمُشتَري لا إلى التَّحالُف، يَعني: أنهما لا يَتحالَفان، ويَكونُ القولُ قولَ الْمُشتَري مع يَمينِه، إلا أن يَرضى البائِعُ أن يَأخُذَ الحيَّ ولا يُخاصِمَه في الهالِك، فحينَئذٍ لا يُحلَّفُ الْمُشتَري؛ لأن الْمُشتَريَ إنما يُحلَّفُ إذا كان مُنكِرًا ما يَدَّعيه البائِعُ، فإذا أخَذ البائِعُ الحيَّ صُلحًا عن جَميع ما ادَّعاه على الْمُشتَري: سَقَط دَعوى البائِعِ، فلا حاجةَ إلى تَحليف الْمُشتَري.

ثم تَفسيرُ التَّحالُفِ على قَول محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن يُحلَّفَ الْمُشتَري بالله ما اشتَراهما بألفَين، فإن نَكَل قُضِي عليه، وإن حَلَف حُلِّف البائِعُ بالله ما باعهما بألفٍ، فإن نَكَل قُضِي عليه، وإن حَلَف ولم يَتَّفِقا على شيءٍ، فادَّعى أحَدُهما الفسخَ أو كِلاهما: يُفسَخُ العقدُ بينَهما، ويَأمُرُ القاضِي الْمُشتريَ بردِّ الباقِي وقِيمةِ الهالِكِ.

---

(١) في (د): بحصته من الثمن، وذا لا يعرف إلا بالقسمة على القيمة، وهي مجهولة.

(٢) في (ب) و(ج): فيتناول.

وتَفسيرُه على قَول أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ عندَ البعضِ: أن يَتحالَفا على القائِم بحِصّته من الثَّمَن دونَ الهالِكِ؛ لأن التَّحالُفَ للفَسخ، والفسخُ لا يَرِدُ على الهالِك.

وهذا لا يَقوى؛ لأن الْمُشتَريَ لو حَلَف بالله ما اشتَريتُ القائِمَ بألفٍ يَكونُ صادِقًا؛ لأن من اشتَرى شَيئَين بألفَي دِرهَمٍ، ثم حَلَف أنه ما اشتَرى أحدَهما بألفٍ: كان صادِقًا، وإذا كان كذلك فلا يَمتنِعُ الْمُشتَري عن الحَلِف على القائِم بهذا التَّأويلِ، فلا يُفيدُ التَّحالُفُ.

والصَّحيحُ: أن يُحلَّفَ الْمُشتَري أوَّلًا بالله ما اشتَراهما بألفَين، فإن نَكَل لَزِمه دَعوى البائِعِ، وإن حَلَف يُحلَّفُ البائِعُ بالله ما باعهما بألفٍ، فإن نكَل لَزِمه دَعوى الْمُشتَري، وإن حَلَف يَفسَخان العقدَ في القائِم، ويَسقُطُ حِصّةُ القائِمِ من الثَّمَن، ويَلزَمُ الْمُشتَريَ حِصّةُ الهالِكِ.

وتُعتبَرُ قِيمتُهما في الانقِسام يومَ القبضِ، فإن استَوتا: يَلزَمُه نِصفُ الثَّمنِ الذي أقَرَّ به الْمُشتَري، وإن اختَلَفت القِيمتان يومَ القبضِ: تَسقُطُ عنه حِصّةُ القائِمِ بقَدْر قِيمتِه، وتَلزَمُه حِصّةُ الهالِكِ بقَدْر قِيمتِه.

وإن اختلَفا في قِيمة الهالِكِ يومَ القبضِ، فقال الْمُشتَري: قِيمتُه يومَ القبضِ[1] كانت خمسَمائةٍ، وقِيمةُ القائِمِ ألفًا، وقال البائِعُ على عَكسه: فالقولُ للبائِع مع يَمينِه؛ لأن البائِعَ بدَعواه يَستَبقي ما كان واجِبًا، والْمُشتريَ بدَعواه يُسقِطُ ما كان واجِبًا، فكان البائِعُ مُتمسِّكًا بالأصل، فوَجَب اعتِبارُ قولِه.

وأيُّهما أقام البَيِّنَةَ تُقبَلُ بَيِّنتُه، وإن أقاما البَيِّنةَ: فبَيِّنةُ البائِعِ أولى، على قِياس ما ذَكر في بُيوع «الأصل» في رَجُلٍ اشتَرى عَبدَين وقَبَضهما، ثم رَدَّ أحَدَهما بالعَيب، وقد هَلَك

(١) في (أ) و(ب): وقت القبض.

الآخَرُ عندَ الْمُشتَري: يَسقُطُ عنه ثَمَنُ ما رَدَّه، ويَجِبُ عليه ثَمَنُ ما هَلَكَ عندَه إذا لم يُؤَدِّ الثَّمَنَ، ويَنقسِمُ الثَّمَنُ على قَدْرِ قِيمتِهما.

فإن اختَلَفا في قِيمة الهالِكِ[1]: فالقولُ للبائِع مع يَمينِه؛ لأنهما اتَّفَقا على وُجوب كلِّ الثَّمَنِ.

ثم الْمُشتَري بدَعواه أن قِيمةَ الهالِكِ كانت أقَلَّ يَدَّعي زِيادةَ السُّقوطِ من الثَّمَن، والبائِعُ يُنكِرُ، فيَكونُ القولُ للمُنكِرِ مع يَمينِه.

وإن أَقاما البَيِّنَةَ: فبَيِّنَةُ البائِعِ أَولى أيضًا؛ لأن البَيِّناتِ شُرِعت للإثبات، والبائِعَ يَدَّعي زِيادةً في قِيمة الهالِكِ.

فإن قِيل: الْمُشتَري يَدَّعي زِيادةً في قِيمة القائِمِ، فوَجَب أن تُقبَلَ بَيِّنتُه؛ لإثباته الزِّيادةَ.

قُلنا: الذي وَقَع الاختِلافُ فيه قصدًا قِيمةُ الهالِكِ، والاختِلافُ في قِيمة القائِمِ ثَبَت ضِمنًا للاختِلاف في قِيمة الهالِكِ، وبَيِّنةُ البائِعِ قامت على ما وَقَع الاختِلافُ فيه قصدًا، فكانت أحَقَّ بالاعتِبار.

والفِقهُ فيه: أن في البَيِّنات تُعتبَرُ الدَّعوى من حيث الظَّاهِرُ؛ لأن الشُّهودَ لا يَقِفون إلا على الظّاهِر، فاعتُبِر ذلك في حقِّهم، والبائِعُ مُدَّعٍ ظاهِرًا، فلهذا تُقبَلُ بَيِّنتُه، ثم صارت بَيِّنتُه أَولى؛ لأن بَيِّنَتَه تُثبِتُ زِيادةً في ذِمّة الْمُشتَري، وفي الأَيمان تُعتبَرُ الحَقيقةُ؛ لأنها تَتوجَّهُ على أحَدِ العاقِدَين، وهما يَعرِفان حَقيقةَ الحالِ، فبُنِي الأمرُ على الحَقيقة، والبائِعُ مُنكِرٌ حَقيقةً، فكان القولُ قولَه مع يَمينِه.

ومن اشتَرى أمةً بألف دِرهَمٍ وقَبَضها، ثم تَقايَلا البيعَ حالَ قِيامِ الأمةِ، ثم اختَلَفا في

---

(١) في (د): في قيمة الهالك يوم القبض، فقال المشتري: قيمته وقت قبض كانت خمسمائة وقيمة القائم وقال البائع على عكسه: فالقول للبائع مع يمينه.

مِقدار الثَّمَنِ بعدَ الإقالةِ، فقال الْمُشتَري: (كان الثَّمَنُ ألفَ دِرهَمٍ)، وقال البائعُ: (لا، بل كان خمسَمائةٍ)، ولا بَيِّنَةَ لهما: فإنهما يَتحالَفان، ويَعودُ البيعُ الأوَّلُ، وكان يَنبَغي أن لا يَتحالَفا؛ لأن التَّحالُفَ ثَبَت في البَيع الْمُطلَقِ بالسُّنّة[1]، والإقالةُ فسخٌ في حقِّ الْمُتعاقِدَين، فلم يَتناوَلهما النَّصُّ، إلا أن التَّحالُفَ قبلَ قبضِ الْمَبيعِ ثَبَت قِياسًا، بمَعنى: أن كلَّ واحِدٍ منهما مُدَّعٍ ومُنكِرٌ، كما مَرّ.

وهذا مَوجودٌ هنا؛ لأن وضعَ الْمَسألةِ أن البائِعَ لم يَقبِض الأمةَ بحُكم الإقالةِ، فصار التَّحالُفُ مَعقولًا، فوَجَب القِياسُ على الْمَنصوص عليه، كما نَقيسُ الإجارةَ على البَيع، والوارِثَ على العاقِد، وقِيمةَ الْمَبيعِ إذا استُهلِك الْمَبيعُ على قِيام الْمَبيعِ.

فإن قِيل: التَّحالُفُ في هذه الصُّورةِ مَنصوصٌ عليه؛ لقَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «إذا اختلَف الْمُتبايِعان تَحالفا وتَرادّا»[2]، فإنه يَتناوَلُ حالَ بَقاءِ السِّلعةِ وحالَ عدَمِها.

قُلنا: لا، بل هي[3] غيرُ[4] مَنصوصٍ عليه؛ لأن هذا الْمُطلَقَ مَحمولٌ على الْمُقيَّد كما مَرّ، فكان الْمُرادُ من هذا الْمُطلَقِ الْمُقيَّدَ، وكذا قَرينةُ التَّرادِّ دالّةٌ[5] على بَقاء السِّلعةِ.

ولو قَبَض البائِعُ الأمةَ بحُكم الإقالةِ: يَجِبُ أن لا يَتحالَفا، ويَكونُ القولُ للمُنكِر، خِلافًا لمحمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه يَرى النَّصَّ مَعلولًا بعدَ القبضِ أيضًا بالاختِلاف في العَقد، كما مَرّ.

ومَن أسلَم عشَرةَ دَراهِمَ في كُرِّ بُرٍّ، ثم تَقايَلا، ثم اختلَفا في مِقدار رأسِ المالِ بعدَ

(١) كما في الحديث المار: «إذا اختلَف الْمُتبايِعان تَحالفا وتَرادّا».

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) كذا في الأصول.

(٤) في (د): عين، وتحتمل كذلك في (أ).

(٥) في (أ) و(د): دال.

الإقالةِ، فقال الْمُسلَمُ إليه: (كان رأسُ المالِ خمسةً)، وقال ربُّ السَّلَمِ: (لا، بل كان عشَرةً): فالقولُ للمُسلَم إليه مع يَمينِه؛ لأن ربَّ السَّلَمِ يَدَّعي عليه زِيادةً، وهو يُنكِرُ، ولا يَتحالَفان، ولا يَعودُ السَّلَمُ، بخِلاف البيعِ.

والفرقُ: أن الْمَقصودَ من التَّحالُف فسخُ العقدِ، حتى يَعودَ كلُّ واحِدٍ منهما إلى رَأس مالِه، وإليه الإشارةُ النَّبويّةُ بقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «تَحالَفا وتَرادّا»[1]، والتَّحالُفُ في الإقالة في السَّلَم لا يُفيدُ هذا الْمَقصودَ، وهو فسخُ الإقالةِ؛ لأن الإقالةَ في السَّلَم بعدَ نَفاذِها لا تَحتمِلُ الفسخَ بسائِر[2] أسبابِ الفسخِ، فإنهما لو قالا: (نَقَضنا الإقالةَ[3]) لا تَنتقِضُ، فلا تَحتمِلُ الفسخَ أيضًا بالتَّحالُف.

وهذا لأن ما تَناوَله عقدُ الإقالةِ قد سَقَط وتَلاشى؛ إذ الْمُسلَمُ إليه مَلَك ما في ذِمّته، فسَقَط عنه[4]، والسّاقطُ لا يَحتمِلُ العَودَ، فلا يَحتمِلُ الْمُسلَمُ فيه بعدَما سَقَط العَودَ إلى ربِّ السَّلَمِ.

فأما الإقالةُ في البَيع: مما يَحتمِلُ الفسخَ بسائِر أسبابِ الفسخِ، حتى لو قالا: (نَقَضنا الإقالةَ) تَنتقِضُ، فاحتُمِل الفسخُ بالتَّحالُف أيضًا.

وهذا لأن ما تَناوَله عقدُ الإقالةِ قائِمٌ حَقيقةً، فيُمكِنُ تَصحيحُ الفسخِ باعتِبار الْمَعقودِ عليه، فيَعودُ إلى مِلك الْمُشتَري إذا انفَسَخت الإقالةُ؛ لأن مِلكَ العَينِ مما يَحتمِلُ العودَ؛ ألا تَرى أن رأسَ المالِ لو كان عَرْضًا، فقَبَضه الْمُسلَمُ إليه، ثم رَدَّه بالعَيب -أي حَكَم القاضِي به-، وهَلَك قبلَ التَّسليمِ إلى ربِّ السَّلَمِ: لا يَعودُ السَّلَمُ.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في (ب): كسائر، وفي (ج): لسائر.

(٣) في (هـ): بالإقالة.

(٤) في (هـ): ثمة.

بخِلاف البيعِ؛ فإنه لو اشتَرى عَرْضًا وردَّه بعَيبٍ، ولم يُسلِّم إلى البائع حتى هَلَك في يَده: يَبطُلُ الرَّدُّ، ويَعودُ البيعُ.

وفي الإجارة قبلَ الاستيفاءِ: تَحالَفا، وبعدَه: حُلِّف الْمُستأجِرُ.

وإن اختَلَفا في الإجارة قبلَ استيفاءِ الْمَنفَعةِ: تَحالَفا، وفَسَخا العقدَ إذا اختَلَفا في البَدَل أو في الْمُبدَل أو فيهما؛ لأن الإجارةَ قبلَ قبضِ الْمَنفَعةِ نَظيرُ البيعِ قبلَ قبضِ الْمَبيعِ، باعتِبار أن كلَّ واحِدٍ من العاقِدَين يَدَّعي على صاحِبه، وهو يُنكِرُ، وكلُّ واحِدٍ من العَقدَين مُعاوَضةٌ يَحتمِلُ الفسخَ، فأُلحِقت الإجارةُ به[1].

فإن قِيل: قِيامُ الْمَعقودِ عليه شرطٌ، والْمَنفَعةُ مَعدومةٌ.

قُلنا: الدّارُ أُقِيمت مُقامَ الْمَنفَعةِ في حقِّ إيرادِ العقدِ عليها، فكأنها قائِمةٌ تَقديرًا.

فإن وَقَع الاختِلافُ في الأُجرة بُدئ بيَمين الْمُستأجِرِ، وإن وَقَع في الْمَنفَعة بُدئ بيَمين الْمُؤجِرِ، وأيُّهما نكَل لَزِمه دَعوى صاحِبِه، وأيُّهما أَقام البيِّنةَ تُقبَلُ بيِّنتُه.

وإن أَقاماها: فبيِّنةُ الْمُؤجِرِ أَولى إن اختَلَفا في الأُجرة، وبيِّنةُ الْمُستأجِرِ أَولى[2] إن اختَلَفا في الْمَنفَعة؛ نظَرًا إلى زِيادة الإثباتِ.

وإن اختَلَفا فيهما، نحوَ أن يَدَّعي هذا شهرًا بعشَرةٍ، والْمُستأجِرُ شَهرَين بخَمسةٍ: تُقبَلُ بيِّنةُ كلِّ واحِدٍ منهما فيما يَدَّعيه من الزِّيادة، فيُقضى بشَهرَين بعشَرةٍ.

وإن اختَلَفا بعدَ الاستيفاءِ لم يَتحالَفا، والقولُ للمُستأجِر مع يَمينِه؛ لأن جَريانَ التَّحالُفِ لفائِدة الفسخِ، والْمَنافِعُ الْمُستوفاةُ لا يُمكِنُ فسخُ العقدِ فيها، فلا يَجري التَّحالُفُ.

---

(١) في (هـ): بالبيع.

(٢) مثبتة من (ج).

فإن قِيل: عدمُ جَريانِ التَّحالُفِ على مَذهَبهما[1] ظاهِرٌ؛ لأن هَلاكَ الْمَعقودِ عليه مانِعٌ للتَّحالُف عندَهما، فأما عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: فيَنبَغي أن يَجريَ التَّحالُفُ، كما لو هَلَك الْمَبيعُ.

قُلنا: هناك إذا فُسِخ البيعُ بالتَّحالُف يُمكِنُ إيجابُ قِيمةِ الْمَعقودِ عليه؛ لأن العينَ مُتقوِّمةٌ بنَفسها، وهنا إذا تَحالَفا وفُسِخ العقدُ: فلا قِيمةَ للمَعقود عليه؛ لأن الْمَنافِعَ لا تُتقوَّمُ بنَفسها، بل بالعَقد، وبالفَسخ ارتَفَع العقدُ من الأَصل.

وإذا امتَنَع التَّحالُفُ: فالقولُ للمُستأجِر مع يَمينِه؛ لأنه الْمُستحَقُّ عليه، ومتى وَقَع الاختِلافُ في الاستِحقاق كان القولُ قولَ الْمُستحَقِّ عليه.

والبعضُ مُعتبَرٌ بالكلّ.

وإن اختَلَفا بعدَ استيفاءِ بعضِ الْمَعقودِ عليه تَحالَفا، وفُسِخ العقدُ فيما بَقِي، وكان القولُ في الماضِي قولَ الْمُستأجِرِ؛ لأن العقدَ يَنعقِدُ ساعةً فساعةً على حَسَب حُدوثِ الْمَنفَعةِ، فيَصيرُ كلُّ جُزءٍ من الْمَنفَعة كالْمَعقود عليه عقدًا مُبتدأً، فصار ما بَقِي من الْمُدّة كالْمُنفرِد بالعَقد، فيَتحالَفان فيه.

بخِلاف ما إذا هَلَك بعضُ الْمَبيعِ؛ لأن كلَّ جُزءٍ منه ليس بمَعقودٍ عليه عقدًا مُبتدَأً، بل الجُملةُ مَعقودةٌ بعقدٍ واحِدٍ، فإذا تَعذَّر الفسخُ في بَعضه بالهَلاك تَعذَّر في الكلِّ ضَرورةً.

وفي بَدَل الكِتابةِ: حُلْف العبدُ(س م ف).

وإذا اختلَف الْمَولى والْمُكاتَبُ في قَدْر بدَلِ الكِتابةِ: لم يَتحالَفا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، والقولُ للعَبد مع يَمينِه.

(١) في (ج): مذهبنا.

وقالا: يَتحالَفان وتُفسَخُ الكِتابةُ، وهو قولُ الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنهما اختلَفا في بَدَل عقدٍ يَقبَلُ الفسخَ، فصار كالبَيع.

وهذا لأن كلَّ واحِدٍ منهما مُدَّعٍ ومُنكِرٌ، فالْمَولى يَدَّعي على العَبد زِيادةَ البدَلِ، وهو يُنكِرُ، وهو يَدَّعي استِحقاقَ العَتقِ عليه عندَ أداءِ القَدْرِ الذي يَدَّعيه، والْمَولى يُنكِرُ، فيَتحالَفان، كما في الثَّمَن.

وله: أن التَّحالُفَ في الْمُعاوَضات عندَ تَجاحُدِ الحُقوقِ اللّازمةِ، وبدَلُ الكِتابةِ غيرُ لازِمٍ على الْمُكاتَب مُطلَقًا؛ لأن له أن يَدفَعَ عن نَفسه بأن يُعجِّزَ نفسَه، ولهذا لا تَصِحُّ الكَفالةُ به، والكِتابةُ ليست مُعاوَضةً من كلِّ وجهٍ؛ إذ البدَلُ الذي من جانِب العبدِ مَملوكٌ للمَولى رَقَبةً.

ولأن العبدَ سَلِم له ما يُقابِلُ البدَلَ في الحال، وهو فكُّ الحَجْرِ في حقِّ اليدِ والتَّصرُّفُ، فلا يَدَّعي على الْمَولى شيئًا، فلا يَكونُ الْمَولى مُنكِرًا، وإنما يَنقلِبُ البدَلُ مُقابَلًا بالعَتق عندَ الأداءِ، فقبلَه لا يَكونُ مُقابَلًا به، فلا يَتحالَفان؛ لأنه لا يَكونُ بلا إنكارٍ منهما.

وفي مَتاع البيتِ: لكلٍّ من الزَّوجَين ما صَلَح(س)، والْمُشكِلُ(ك ف ز) له.

وإذا اختلَف الزَّوجان في مَتاع البيتِ، والنِّكاحُ بينَهما قائِمٌ أو ليس بقائِمٍ، وادَّعى كلُّ واحِدٍ منهما أن الْمَتاعَ كلَّه له: فما يَصلُحُ للرِّجال، كالعِمامة، والقَباءِ، والقَلَنْسُوةِ، والطَّيلَسانِ، والسِّلاحِ، والمِنطَقةِ، والكُتُبِ: فالقولُ فيها قولُ الزَّوجِ مع يَمينِه بشَهادة[1] الظّاهِرِ له.

وما يَصلُحُ للنِّساء، كالدِّرع، والخِمارِ، والْمُلاءةِ، ونحوِها: فالقولُ فيها قولُ الْمَرأةِ

---

(١) في (أ): لشهادة.

مع يَمينِها؛ لأن الظّاهرَ شاهِدٌ لها.

وما يَصلُحُ لهما، كالفُرُش، والأمتِعةِ، والأواني: فالقولُ للزَّوج فيه مع يَمينِه.

والرَّقيقُ، والْمَنزِلُ، والعَقارُ، والْمَواشِي، والنُّقودُ: كالفُرُش؛ لأن الْمَرأةَ وما في يَدها في يَد الزَّوجِ، فكأن الأموالَ كلَّها في يَد الزَّوجِ.

وإذا تَنازَع اثنان في شيءٍ، وهو في يَد أحَدِهما: كان القولُ قولَه، كذا هنا.

بخِلاف ما يَختصُّ بها؛ لأن لها ظاهِرًا آخرَ أظهَرُ من اليَد، وهو يدُ الاستِعمالِ، فجَعَلنا القولَ قولَها، كرَجُلَين اختَلَفا في ثوبِ أحَدُهما لابِسُه، والآخرُ مُتعلِّقٌ بكُمِّه، فإنَّ اللّابسَ أَولى.

فإن مات أحَدُهما: فللحيّ(م)، ولو أحَدُهما مَملوكًا: فللحُرِّ في(س م) الحَياة، وللحيِّ في(م) الْمَوت.

وهذا إذا كانا حَيَّين، فإن مات أحَدُهما، واختَلَفت وَرَثتُه مع الآخَرِ: فالجَوابُ في غَير الْمُشكِلِ على ما مَرّ، وأما فيما يَصلُحُ للرِّجال والنِّساءِ: فهو للحيّ منهما أيُّهما كان؛ لأن اليدَ للحيِّ لا للمَيْت.

وهذا الذي ذَكَرنا قولُ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُدفَعُ إلى الْمَرأة من الْمُشكِلِ ما يُجهَّزُ به مِثلُها، والباقِي للزَّوج مع يَمينِه؛ لأن الظّاهرَ أنها لا تُزَفُّ إلا مع جَهازِ مِثلِها، فصارت أَولى بذلك القَدْرِ، والباقِي للرَّجُل؛ لقُوّة يدِه على يَدها؛ لأنه قَوّامٌ عليها. والطَّلاقُ والموتُ سَواءٌ.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ما صَلَح له فله، وما صَلَح لها فلها، وما صَلَح لهما فله أو(١) لوَرَثته؛ لقِيامهم مَقامَه، فصار الخِلافُ معهم كالخِلاف معه، كما في غَير الْمُشكِلِ.

(١) في (أ) و(د): ولورثته.

والطَّلاقُ والموتُ سَواءٌ.

وقال مالِكٌ والشّافعيُّ وزفرُ رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ: هو بينَهما؛ لاستِوائهما في الدَّعوى واليدِ[1].

وقال ابنُ أبي لَيلى رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الكلُّ للرَّجُل، ولها ثِيابُ بدَنِها.

وقال الحسَنُ البَصريُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الكلُّ لها، وله ثِيابُ بدَنِه.

وإن كان أحَدُهما مَملوكًا: فالْمَتاعُ للحُرِّ في حال الحَياةِ؛ لأن يدَ الحُرِّ أَقوى؛ لأنها يدُ مِلكٍ، ويدُ الْمَملوكِ ليست بيَد مِلكٍ.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: الْمَأذونُ والْمُكاتَبُ كالحُرّ؛ لأن لهما يدًا مُعتبَرةً في الخُصومات، حتى لو اختَصَم الحُرُّ والْمُكاتَبُ[2] في شيءٍ هو في أيدِيهما: يُقضى بينَهما؛ لاستِوائهما، بخِلاف ما لو كان مَحجورًا؛ فإنه يُقضى به للحُرّ؛ لأنه لا يدَ له.

فإن مات أحَدُهما: فالقولُ للحيِّ منهما، حُرًّا كان أو عبدًا؛ لأنه لا يدَ للمَيْت، فبَقِيت يدُ الحيِّ بلا مُعارِضٍ، هكذا ذَكَر في «الهِداية» و«الجامِعِ الصَّغيرِ» للصَّدر الشَّهيدِ، وصدرِ الإسلامِ، وشمسِ الأئِمّةِ الحَلْوانيِّ، والقاضِي فخرِ الدِّينِ خان، رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ.

وذَكَر شمسُ الأئِمّةِ السَّرَخسيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «جامِعه الصَّغيرِ»: وَقَع في بَعض النُّسَخ: (للحيِّ منهما)، وهو سهوٌ، وفي رِواية محمدٍ والزَّعفرانيِّ: للحُرِّ منهما، بالرّاء.

ادَّعى شِراءَ أمةٍ قَبَض وماتَت.. بألفٍ وبهذا العَينِ، والبائعُ بألفَين: حُلِّفَ الْمُشتَري في حِصّة الألفِ، وتَحالَفا فيما بَقِي، وبعَكسه: حُلِّفَ الْمُشتَري.

---

(١) في (ب) و(ج): في اليد.

(٢) في (أ): أو المكاتب.

ادَّعى شِراءَ أمةٍ قَبَضها وماتت بألفٍ وبهذا الوَصيفِ[1]، وقِيمتُه خَمسُمائةٍ، وقال البائِعُ: (بِعتُ بألفَين): حُلِّفَ الْمُشتَرِي في حِصّة الألفِ، أي في ثُلُثَي الأمةِ؛ لأن الاختِلافَ في الثُّلُثَين وَقَع بعدَ هَلاكِ الْمَعقودِ عليه، وتَحالَفا في ثُلُثها؛ لِقيام الْمَعقودِ عليه في أحَد الجانِبَين، وهو الوَصيفُ[2].

وبعَكسه: حُلِّفَ الْمُشتَرِي، أي لو ادَّعى البائِعُ أنه باع الأمةَ بألفٍ وبهذا الوَصيفِ[3]، وادَّعى الْمُشتَرِي أنه اشتَراها بألفَين، وهَلَكت الأمةُ في يَد الْمُشتَرِي: فالقولُ للمُشتَرِي مع يَمينِه، ولم يَتحالَفا في شيءٍ من الأَمة.

أما في الثُّلُثَين: فظاهِرٌ، وأما في الثُّلُث: فلأن الْمُشتريَ لا يَطلُبُ يَمينَ البائِعِ؛ لأن في زَعمه أن البيعَ في قَدْر الثُّلُثِ بيعُ العَرْضِ بالدَّراهِم، وهَلاكُ العَرْضِ في بَيع العَرْضِ بالدَّراهِم يَمنَعُ التَّحالُفَ.

بخِلاف الْمَسألةِ الأُولى؛ لأن في زَعم الْمُشتَرِي ثَمَّ أن البيعَ في قَدْر الثُّلُثِ بيعُ العَرْضِ بالعَرْض، وهَلاكُ أحدِ العَرْضَين[4] لا يَمنَعُ التَّحالُفَ.

وكذا لو كان مكانَ الوصيف مكيلٌ أو موزونٌ بعَينِه.

عبدٌ أقطَعُ[5] عندَ البائِعِ قال: (قَطَعه مُشترِيه قبْلَه)، وقال مُشترِيه: (قَطَعتَ بعدَه): تَحالَفا، وأخَذ بكلِّ ثَمَنِه أو تَرَك.

---

(١) في سوى (أ) و(هـ): الوصف.

(٢) في (ب) و(ج): الوصف.

(٣) في (ب): الوصف.

(٤) في (ب) و(ج): العوضين.

(٥) الأقطع: المقطوع اليد. «المختار» ص٢٥٦.

عبدٌ أقطعُ[1] عندَ البائعِ، فقال البائعُ: (قَطَعه الْمُشتَري قبلَ البيعِ، ولي عليه نِصفُ القِيمةِ وكلُّ الثَّمَنِ)، وقال الْمُشتَري: (قَطَعه البائِعُ بعدَ البيعِ، ولي الخِيارُ، إن شِئتُ أَخَذتُه بِنصف الثَّمَنِ وإن شِئتُ تَرَكتُه)، ولا بَيِّنَةَ لهما: تَحالَفا.

لأن كلَّ واحِدٍ منهما مُدَّعٍ ومُنكِرٌ، فالبائِعُ يَدَّعي على الْمُشتَري نِصفَ القِيمةِ ولُزومَ العقدِ بجَميعِ الثَّمَنِ، والْمُشتَري يُنكِرُ، وهو يَدَّعي على البائِع دُخولَ اليدِ في البَيع وبَراءةَ نفسِه عن نِصفِ الثَّمَنِ بقَطعِ البائِعِ يدَ العبدِ بعدَ البيعِ، وثُبوتَ الخِيارِ له[2]، والبائِعُ يُنكِرُ.

وإن حَلَفا: أَخَذه الْمُشتَري بكلِّ ثَمَنِه أو تَرَك؛ لأنه لَمّا حَلَفا لم يَظهَر الجانِي، فصار كأنه تَلِف بآفةٍ سَماويّةٍ، وثَمَّ يُخيَّرُ الْمُشتَري بينَ الأخذِ بكلِّ الثَّمَنِ وبينَ التَّركِ، كذا هنا.

وإن بَرْهَنا: فلمُشتريه.

وإن بَرْهَنا: فالبَيِّنةُ لِمُشتَريه؛ لأنه أكثرُ إثباتًا؛ لأن الْمُدَّعى من جانِبه أكثرُ؛ لِما مَرّ.

وإن اتَّفَقا أن قاطِعَه بائِعُه، أو مُشتَريه، أو أجنبيٌّ، وادَّعاه قبلَ البيعِ، والْمُشتَري بعدَه: فالقولُ والبيِّنةُ لِمُشتَريه.

وإن اتَّفَقا أن قاطِعَه بائِعُه، أو مُشتَريه، أو أجنَبيٌّ، وادَّعاه البائِعُ قبلَ البيعِ، والْمُشتَري بعدَه: فالقولُ والبيِّنةُ لِمُشتَريه[3].

أما الأوَّلُ: فلأنه يُضيفُ الحادِثَ إلى أقرَب الأوقاتِ.

وأما الثّانِي: فلأن بَيِّنةَ البائِعِ قَامت على النَّفيِ[4] مَعنًى؛..........

(١) في (ج) و(هـ): قطع.

(٢) في (أ): الخيار به.

(٣) في (ب) زيادة: لأنه أكثر إثباتًا.

(٤) في (هـ): اليد.

لأنها تَنفِي[1] دُخولَ اليدِ في البَيع، وبَيِّنَةَ الْمُشتَري قَامت على الإثبات صُورةً ومَعنًى؛ لأنها تُثبِتُ دُخولَ اليدِ في البَيع.

اشتَرى عَبدَين صَفْقةً، أو صَفقتَين، أحَدَهما بألفٍ حالٍّ، والآخَرَ بألفٍ مُؤجَّلٍ، فرَدَّ أحَدَهما بعَيبٍ، وقال: (ثَمَنُه حالٌّ)، وأنكَره بائِعُه، أو اشتَراهما بمِائةٍ صَفْقةً، ومات أحَدُهما، ورَدَّ الآخَرَ بعَيبٍ، واختَلَفا في قِيمته: فالقولُ للبائِع.

اشتَرى عَبدَين صَفْقةً أو صَفقتَين، أحَدَهما بألفٍ حالٍّ، والآخَرَ بألفٍ مُؤجَّلٍ إلى سنةٍ، فرَدَّ أحَدَهما بعَيبٍ، فقال الْمُشتَري: (ثَمَنُ الْمَردودِ حالٌّ)، وقال البائِعُ: (مُؤجَّلٌ): فالقولُ للبائِع؛ لأنهما اتَّفَقا على انفِساخ البيعِ في الْمَردود وسُقوطِ ثَمَنِه، فبَقِي اختِلافُهما في ثَمَن الآخَرِ، فيَكونُ القولُ للبائِع؛ لأن الْمُشتَريَ يَدَّعي عليه التَّأجيلَ، وهو يُنكِرُ، والحُلولُ في الدُّيون أصلٌ، والتَّأجيلُ عارِضٌ، فكان القولُ لِمُنكِرِ العارِضِ، ولم يَتحالَفا؛ لأنه اختِلافٌ في الأجَل.

وكذا لو اشتَراهما بمِائةٍ في صَفْقةٍ وقَبَضهما، ومات أحَدُهما في يَده، ورَدَّ الآخَرَ بعَيبٍ[2]، واختَلَفا في قِيمة الْمَردودِ: فالقولُ للبائِع؛ لأنهما اتَّفَقا على وُجوب كلِّ الثَّمَنِ وتَأكُّدِه، ثم الْمُشتَري بدَعواه أن قِيمةَ الهالِكِ أقَلُّ من قِيمة الْمَردودِ يَدَّعي سُقوطَ زِيادةٍ يُنكِرُها البائِعُ، فيَكونُ القولُ للبائِع.

ولم يَتحالَفا؛ لأن الاختِلافَ في قِيمة الْمَبيعِ لا يُوجِبُ اختِلافًا في العَقد.

ولو ثَمَنُ أحَدِهما دَراهِمَ، والآخَرِ دَنانيرَ، أو ادَّعى البائِعُ اتِّحادَ الثَّمَنِ، والْمُشتَري تَعدُّدَه: فللمُشتَري.

---

(١) في (ب): تبقي.

(٢) في (ب): بعينه.

ولو كان ثَمَنُ أحَدِهما دَراهِمَ، وثَمَنُ الآخرِ دَنانيرَ، وقَبَضهما البائِعُ، واختَلَفا في ثَمَن الباقِي بعدَ ردِّ أحَدِهما بالعَيب، فقال الْمُشتَري: (ثَمَنُه دَراهِمُ فرَدَّ الدَّنانيرَ)، وقال البائِعُ على عَكسه: فالقولُ للمُشتَري مع يَمينِه إن ماتا؛ لأنه الْمُملِّكُ للثَّمَن.

ولا يَتحالَفان، خِلافًا لمحمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وإن كانا قائِمَين يَتحالَفان إجماعًا؛ لأنهما اختَلَفا في ثَمَن الباقِي.

وكذا إن اختَلَفا في الصَّفْقة، فادَّعى البائِعُ اتِّحادَ الثَّمَنِ، وادَّعى الْمُشتَري تَعدُّدَ الثَّمَنِ: فالقولُ للمُشتَري؛ لأنهما اتَّفَقا على أنهما مَعقودٌ عليهما، وأن لكلِّ واحِدٍ منهما ثَمَنًا، ثم البائِعُ يَدَّعي عليه في كلِّ عبدٍ ضَمَّ غيرِه إليه، والْمُشتَري يُنكِرُ.

اختَلَفا في مَوت الْمَبيعِ عندَ أحَدِهما: فالبَيِّنةُ لبائِعه، وإن وَقَّتا: فللسّابِق.

اختَلَفا في مَوت الْمَبيعِ عندَ أحَدِهما، فأَقام البائِعُ البَيِّنةَ أن الْمَبيعَ مات عندَ الْمُشتَري بعدَ القبضِ، وأَقام الْمُشتَري البَيِّنةَ أنه مات في يَد البائِعِ قبلَ القبضِ: فالبَيِّنةُ لبائِعه؛ لأن الْمُشتَريَ يُنكِرُ القبضَ، فيكونُ القولُ له، والبائِعَ يُثبِتُه بالبيِّنة، فكانت البيِّنةُ له.

وإن وَقَّتا: فللسّابِق.

والقتلُ مِثلُه، فإن اتَّفَقا على قَبضه، وأثبَت كلٌّ قتلَ الآخرِ بعدَه: فلمُشتَريه.

والقَتلُ مِثلُ الموتِ، أي لو ادَّعى كلُّ واحِدٍ منهما القتلَ على صاحِبه، بأن أَقام البائِعُ بَيِّنةً أن الْمُشتريَ قَتَله وصار قابِضًا، وعليه الثَّمنُ، وأَقام الْمُشتَري أن البائِعَ قَتَله، وهو في يَده[1]، وانفَسَخ البيعُ: فبَيِّنةُ البائِعِ أولى؛ لأنه يُثبِتُ القبضَ.

وإن أَقام الْمُشتَري أن البائِعَ قَتَله بعدَ البيعِ بيومٍ، وأَقام البائِعُ بَيِّنةً أن الْمُشتريَ قَتَله

---

(١) في (هـ): ملكه.

بعدَ البيعِ بيومَين: فالبيِّنةُ للمُشتَري؛ للسَّبق.

وإن اتَّفَقا على قَبض الْمُشتَري الْمَبيعَ، وأَقام الْمُشتَري أن البائِعَ قَتَله خطَأً بعدَما قَبَضه، ولي عليه القِيمةُ، وأَقام البائِعُ أن الْمُشتريَ قَتَله بعدَما قَبَضه، ولي عليه القِيمةُ، وأَقام البائِعُ أن الْمُشتريَ قَتَله بعدَما قَبَضه مني: فالبيِّنةُ للمُشتَري؛ لأن بيِّنةَ البائِعِ تُثبتُ ما ثَبَت بتَصادُقهما، وهو تأكُّدُ الثَّمَنِ بالقَبض، فكان وُجودُها وعدَمُها بمَنزِلةٍ، وبيِّنةُ الْمُشتَري تُثبِتُ أمرًا حادِثًا، وهو ضَمانُ القِيمةِ على البائِع.

اشتَرى أمتَين، أو أمةً، فوَلَدت، فقتَلت إِحداهما الأُخرى: أخَذ ما بَقِي بكلِّ الثَّمَنِ أو تَرَك، بخِلاف مَوتِ إِحداهما.

اشتَرى أمتَين أو أمةً، فوَلَدت، فقتَلت إِحداهما الأُخرى في يَد البائِعِ: أخَذ ما بَقِي بكلِّ الثَّمَنِ أو تَرَك؛ لأن الجِنايةَ في عُنُقها، فصارت قائِمةً مَقامَ شَخصَين؛ وهذا لأن هذه الجِنايةَ مُعتبَرةٌ، وإن كانتا مَملوكتَين لمالِكٍ واحِدٍ، فقامت القاتِلةُ مَقامَ الْمَقتولةِ.

بخِلاف موتِ إِحداهما وشِراءِ الحِمارِ والشَّعيرِ، فأكَل الحِمارُ الشَّعيرَ؛ حيث يَأخُذُ بحِصّته من الثَّمَن؛ لأن فِعلَه جُبارٌ[1].

باع أمةً، فقال: (هي لزيدٍ أمَرني ببَيعها)، وقال: (بِعتُها منك وبِعتَ مِلكَك): فهي للمُشتَري، وتَحالَفا.

باع أمةً، وتَقابَضا، فقال البائِعُ: (هي لزيدٍ أمَرني ببَيعها)، وقال زيدٌ: (بِعتُها منك بمِائة دِينارٍ وقَبَضتَها، وبِعتَ مِلكَك): فهي للمُشتَري؛ لاتِّفاقهما على نَفاذ البيعِ بالْمِلك أو بالوَكالةِ، وتَحالَفا؛ لأن البائِعَ يَدَّعي الأمرَ بالبَيع، والْمُقَرَّ له يُنكِرُ، والْمُقَرَّ له يَدَّعي عليه الثَّمَنَ، وهو يُنكِرُ.

---

(١) أي هَدَر.

فإن جُهِلت أنها لزيدٍ: ضَمِن قِيمتَها، وإلا لا.

وإن حَلَفا.. فإن جُهِلت أنها للمُقَرِّ له، وكَذَّبهما الْمُشتَري: ضَمِن الْمُقِرُّ قِيمتَها للمُقَرِّ له؛ لأنه امتَنَع الرَّدُّ ببَيعه وتَسليمِه، فيَتقرَّرُ عليه الضَّمانُ.

وإلا لا، أي وإن كانت مَعروفةً أنها للمُقَرِّ له لا يَضمَنُ الْمُقِرُّ للمُقَرِّ له؛ لأنه تَعذَّر الرَّدُّ بدَعواه البيعَ، ويُقالُ للمُقَرِّ له: إن شِئتَ فخُذ الثَّمَنَ الذي في يَد الوَكيلِ، وإن شِئتَ فدَع.

ولو كاتَب، أو أعتَق، أو دَبَّر، أو أولَد، وتَحالَفا: ضَمِن قِيمتَها لو مَجهولةً، وإلا لا.

ولو كاتَبها، أو أعتَقها، أو دَبَّرها، أو أولَدها، ثم تَحالَفا: ضَمِن الْمُقِرُّ قِيمتَها لو كانت مَجهولةً، وإن كانت معَروفةً: لا يَضمَنُ في الوُجوه كلِّها.

وتَبطُلُ الكِتابةُ، وتَعتِقُ بمَوت الْمُقِرِّ لو أُمَّ وَلَدٍ، وبأيٍّ لو مُدبَّرةً، وتَوقَّف الوَلاءُ لو مُحرَّرةً.

وتَبطُلُ الكِتابةُ بعَجزها عن الأَداء، وتَعتِقُ بمَوت الْمُقِرِّ لو كانت أُمَّ ولَدٍ؛ لأنها مِلكُه بزَعم الْمُقَرِّ له، ولا تَعتِقُ بمَوت الْمُقَرِّ له؛ لعَدَم النَّسَبِ منه، بخِلاف التَّدبيرِ؛ لاحتِمال التَّوكيلِ، وبأيِّهما مات لو كانت مُدبَّرةً بزَعم كلِّ واحِدٍ منهما، وتَوقَّف الوَلاءُ لو كانت مُحرَّرةً؛ لنَفي كلِّ واحِدٍ منهما.

ولو قال: (كانَت وَديعةً وأمَرني ببَيعها وماتَت): ضَمِن.

ولو قال: (كانت وَديعةً، وأمَرني ببَيعها وماتت): ضَمِن قِيمتَها بكلِّ حالٍ؛ لأنه اعترَف بالتَّعدِّي، وهو تَسليمُ الوَديعةِ إلى الغَير، وادَّعى الأمرَ، ولم يَثبُت.

هَلاكُ الْمَبيعِ لا إلى بَدَلٍ يَنقُضُ البيعَ[ك]، وإلى بَدَلٍ لا، وخُيِّر الْمُشتَري.

الأصلُ: أن هَلاكَ الْمَبيعِ لا إلى بدَلٍ يَنقُضُ البيعَ عندَنا، خِلافًا لمالِكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وإلى بدَلٍ لا.

وخُيِّرَ الْمُشتَرِي للتَّغيُّر.

وبائِعُ النِّصفُ إن حَرَّر نِصفَه قبلَ قبضِه: بَطَل بيعُه لو مُوسِرًا(و)، ولو مُعسِرًا لا، وإن بَطَل البيعُ، والسِّعايةُ غيرُ واجِبةٍ للمُشتَري: سَعى للبائِع.

وبائِعُ نِصفِ العبدِ إن حَرَّر النِّصفَ الباقِيَ قبلَ القبضِ: بَطَل بيعُه لو كان مُوسِرًا عندَ أبي يوسف ومحمدٍ؛ لأن يَسارَ الْمُعتِقِ عندَهما يَمنَعُ السِّعايةَ، ولا يُمكِنُ إيجابُ القِيمةِ على البائِع؛ لأن الْمَبيعَ في ضَمانه لا يَكونُ مَضمونًا عليه بالقِيمة، فلما تَعذَّر إيجابُ الضَّمانِ والسِّعايةِ انتَقَض البيعُ ضَرورةً.

وعن أبي حنيفة رِوايتان، في رِوايةٍ: يَجِبُ الضَّمانُ بنَفس الإعتاقِ إذا كان مُوسِرًا، وللسّاكِت أن يَتحوَّلَ إلى السِّعاية، فعلى هذه الرِّوايةِ: يَنتقِضُ البيعُ كما قالا.

وفي رِوايةٍ: الواجِبُ أحَدُهما، ويَختارُ أيَّهما شاء، فعلى هذه الرِّوايةِ: يَنتقِضُ البيعُ إن اختَار الضَّمانَ، وإن اختَار السِّعايةَ لا يَنتقِضُ.

ولو كان مُعسِرًا لا يَنتقِضُ البيعُ؛ لوُجوب السِّعايةِ في النِّصف[1] الْمَبيعِ، فبَقِي الْمَعقودُ عليه ببَدَله، وهو السِّعايةُ.

وإنه متى بَطَل البيعُ والسِّعايةُ غيرُ واجِبةٍ للمُشتَري: سَعى[2] للبائِع في أصحِّ الرِّوايتَين عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، كأن الكلَّ[3] له فأعتَق نِصفَه.

---

(١) في (ب): نصف.

(٢) في (ب): ينبغي.

(٣) في (ج): الولاء.

وعندَهما: لا سِعايةَ للبائِع على العَبد، كأن كلَّه له فأعتَق نِصفَه.

وإن تَغيَّر الْمَبيعُ بفِعل البائِعِ، أو بقَوله عندَه: خُيِّر مُشتَريه، وبعدَ قبضِه، أو بقَول مُشتَريه، أو فِعلِه: لا.

ومتى تَغيَّر الْمَبيعُ بفِعل البائِعِ أو بقَوله في يَده: خُيِّر الْمُشتَري؛ لفَوت الرِّضا، وبعدَ قبضِه، أو بقَول الْمُشتَري أو بفِعله: لا.

ولا تُسمَعُ دَعوى العَتقِ، إلا أن يَدَّعِيَ لنَفسه حقًّا.

وأن دَعوى أحدِ العاقِدَين الإعتاقَ على صاحِبه لا تُسمَعُ، إلا أن يَدَّعيَ لنَفسه حقًّا؛ لأن الدَّعوى لا تُسمَعُ إلا من خصمٍ، والخصمُ من يَدَّعي لنَفسه حقًّا.

ادَّعى على رَجُلٍ أنه باعَه هذا العبدَ بمِائة دِينارٍ، وقال: (ما اشتَريتُ إلا نِصفَه بخَمسمِائة دِرهَمٍ): فالقولُ لِمُشتَريه في نِصفه، وتَحالَفا في الآخَر، فحُلِّف الْمُشتَري: (ما اشتَريتُه بمِائة دِينارٍ)، فإن نَكَل: لَزِم، وإن حَلَف: حُلِّف بائِعُه: (ما بِعتُ نِصفَه بخَمسمِائةٍ)، فإن حَلَف: فُسِخ بيعُه[1].

ادَّعى رَجُلٌ على رَجُلٍ أنه باعه هذا العبدَ بمِائة دِينارٍ، وقال الْمُشتَري: (ما اشتَريتُ إلا نِصفَه بخَمسمِائة دِرهَمٍ): فالقولُ لِمُشتَريه في النِّصف الذي أنكَر البيعَ فيه أصلًا، وتَحالَفا في النِّصفِ الآخَرِ، فحُلِّف الْمُشتَري في النِّصفَين يَمينًا واحِدةً بالله ما اشتَريتُه بمِائة دِينارٍ، فإن نَكَل لَزِمه البيعُ بمِائة دِينارٍ، وإن حَلَف لم يَثبُت البيعُ في أحَد النِّصفَين، فيُحلَّفُ بائِعُه بالله ما بِعتَ نِصفَه بخَمسمِائةٍ، فإن نَكَل لَزِمه البيعُ بخَمسمِائةٍ، وإن حَلَف تَمَّ التَّحالُفُ، فالقاضِي يَفسَخُ البيعَ بينَهما إن طَلَبا أو طَلَب أحَدُهما، كما مَرّ.

---

(١) العبارة في (ع): بخمسمائة، فإن نكل لزم وإن حلف فسخ بيعه.

وإن قال: (بِعتُكه وحَرَّرتَه)، وهي بحالها: حُلِّف على الشِّراء والعَتقِ بمرّةٍ، فإن حَلَف: عَتَق نِصفُه على بائِعه.

وإن قال البائعُ: (بِعتُكه وحَرَّرتَه)، والْمَسألةُ بحالها: حُلِّف على الشِّراء والعَتقِ[1] بمرّةٍ واحِدةٍ؛ لأن الدَّعاوىٰ إذا اجتَمَعت يُكتفى بيَمينٍ واحِدةٍ؛ لأن الْمَقصودَ يَحصُلُ به، فإن حَلَف عَتَق نِصفُه على بائِعه بزَعمه، حيث أَضاف عَتقَه إلى من يَزعُمُه مالِكًا، وإن نَكَل ثَبَت الشِّراءُ بمِائة دِينارٍ والإعتاقُ، فعَتَق العبدُ عليه.

ولا سِعايةَ له على العَبد؛ لأنه عَتَق كلُّه بإعتاقه.

ولو ادَّعى مُشتَريه العَتقَ: حُلِّف (ما اشتَريتُه بمِائة دِينارٍ)، فإن نَكَل: عَتَق، وإن حَلَف: عَتَق نِصفُه على بائِعه، ثم حُلِّف بائِعُه على العَتق، فإن نَكَل: بَطَل بيعُه لو مُوسِرًا، وبَقِي لو مُعسِرًا، وخُيِّر مُشتَريه، فإن نَقَض: فسِعايتُه لبائِعه، وإن أَمضى: فله، وإن حَلَف: عَتَق نِصفُه على بائِعه، وسَعى لِمُشتَريه في نِصفه، ولا خِيارَ له.

ولو ادَّعى مُشتَريه الإعتاقَ على البائِع، والْمَسألةُ بحالها: حُلِّف الْمُشتَري ما اشتَريتَ كلَّه بمِائة دِينارٍ، فإن نَكَل عَتَق بلا سِعايةٍ، وإن حَلَف عَتَق نِصفُه على بائِعه بزَعمه؛ لأن في زَعمه أنه مِلكُ الْمُشتَري، ومتى شَهِد بالإعتاق على البائِع فقد أقرَّ بعِتقه، حيث أَضاف الإعتاقَ إلى من يَزعُمُه مالِكًا، فنَفَذ إقرارُه وعَتَق عليه.

ثم حُلِّف بائِعُه على العَتق، فإن نَكَل بَطَل بيعُه لو كان مُوسِرًا، وبَقِي لو كان مُعسِرًا، وخُيِّر مُشتَريه؛ لحُصول التَّغيُّرِ بإعتاق البائِع، فإن نَقَض البيعَ فسِعايةُ نِصفِ العبدِ لبائِعه؛ لقِيامه مَقامَ الْمُشتَري[2]، وإن أَمضى فله، وإن حَلَف عَتَق نِصفُه على بائِعه بزَعمه؛ لِما

---

(١) في (هـ): أو العتق.

(٢) قوله: (لقيامه مقام المشتري) مثبت من (هـ).

مَرّ، وسَعى لِمُشتَريه في نِصفه، ولا خِيارَ له.

وإن قال: (بِعتُكه وحَرَّرتَه)، فقال: (ما اشتَريتُ إلا نِصفَه وأنت حَرَّرتَه): حُلِّف مُشتَريه واحِدًا: (ما اشتَريتُ وما أعتَقتُ)، فإن نَكَل: ثَبَتا، ولا سِعايةَ، وإن حَلَف: عَتَق نِصفُه على بائِعه، وحُلِّف على عَتقه، فإن نَكَل: ثَبَت، وخُيِّر مُشتَريه، فإن فَسَخ: عاد إليه، وعَتَق مَجّانًا، وإلا فسِعايةُ نِصفِه لِمُشتريه، وإن حَلَف بائِعُه: سَعى(س م) في نِصفه لِمُشتَريه، وتَوقَّف الوَلاءُ، وخُيِّر مُشتَريه، فإن نَقَض: عاد إلى البائِع، ولا سِعايةَ، وإلا تَحالَفا.

وإن قال: (بِعتُكه بمِائة دِينارٍ، وحَرَّرتَه)، فقال الْمُشتَري: (ما اشتَريتُ إلا نِصفَه بخَمسِمائةٍ، وأنت حَرَّرتَه): حُلِّف مُشتَريه حَلِفًا واحِدًا بالله ما اشتَريته بمِائة دِينارٍ وما أعتَقْتَه.

فإن نَكَل ثَبَتا، أي لَزِمه العبدُ بمِائة دِينارٍ، وعَتَق العبدُ بلا سِعايةٍ، وإن حَلَف عَتق نِصفُه على بائِعه بزَعمه، وحُلِّف بائِعُه على عَتقه؛ لأن الْمُشتَريَ يَدَّعي عليه انتِقاضَ البيعِ والخِيارَ[1] لنَفسه، فإن نَكَل فقد أقَرّ، وصار بائِعًا نِصفَ العبدِ مُعتِقًا نِصفَه الباقِيَ.

فإن كان مُوسِرًا: بَطَل البيعُ عندَهما وفي رِوايةٍ عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وعاد إلى البائِع، وبَطَلت السِّعايةُ، وإن كان مُعسِرًا: بَقِي البيعُ ببَقاء السِّعايةِ في النِّصف، وخُيِّر الْمُشتَري؛ لأن التَّغيُّر حَصَل بدَعوى البائِعِ أوَّلًا، فإن فَسَخ الْمُشتَري عاد إلى البائِع وعَتَق مجّانًا، وإن أَمضى سَلِمت سِعايةُ نِصفِه لِمُشتَريه.

وإن حَلَف بائِعُه أنه لم يُعتِقه: سَعى العبدُ للمُشتَري في نِصفه، مُوسِرًا كان البائِعُ أو مُعسِرًا، عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وتَوقَّف الوَلاءُ، وخُيِّر الْمُشتَري؛ لأن التَّغيُّر من جِهة

(١) في (ج) و(د) و(هـ): أو الخيار.

البائِعِ؛ لأنه البادِئُ بدَعوى العَتقِ، فإن نَقَض عاد إلى البائِع، ولا سِعايةَ عليه، وإن أَمضى تَحالَفا.

ولو بَدَأ الْمُشتَري بدَعوى العَتقِ: تَحالَفا، فحُلِّف (ما اشتَريتُه بمِائةٍ)، ثم على العَتق، فإن جَمَع القاضِي: فهو كالأوَّل، إلا في خِيار الْمُشتَري.

ولو بَدأ الْمُشتَري بدَعوى العَتقِ على البائِع، والْمَسألةُ بحالها: تَحالَفا، فيَحلِفُ الْمُشتَري أوَّلًا بالله ما اشتَريتُه بمِائة دِينارٍ، ثم يَحلِفُ على العَتق بعدَه لحقِّ العبدِ بدَعواه.

وللقاضِي أن يَجمَعَ بينَهما، فإن جَمَع بينَهما: فجَوابُه ما مَرَّ في الفَصل الأوَّلِ، إلا في خِيار الْمُشتَري.

ولو ادَّعيا معًا: فكبِداية الْمُشتَري.

ولو ادَّعيا معًا: فحُكمُه كحُكم بِدايةِ الْمُشتَري؛ لأن الْمُشتَريَ أنفَذُهما إقرارًا؛ لأنه مالِكُ العبدِ بكلِّ حالٍ.

وإن قال: (هو حُرٌّ إن لم أَبِعْه بمِائةٍ)، وقال مُشتَريه: (هو حُرٌّ إن اشتَريتُ إلا نِصفَه بخَمسمِائةٍ): فكلٌّ شَهِد على الآخَر بالعَتق، فالبادِئُ بالحَلِف بادٍ بدَعوى العَتقِ.

وإن قال البائِعُ: (هو حُرٌّ إن كُنتُ لم أَبِعه بمِائة دِينارٍ)، وقال الْمُشتَري: (هو حُرٌّ إن كُنتُ اشتَريتُ إلا نِصفَه بخَمسمِائةِ دِرهَمٍ): فكلُّ واحِدٍ شَهِد على الآخَر بالإعتاق، فالبادِئُ بالحَلِف بادِئٌ بدَعوى العَتقِ تَقديرًا؛ لأن كلَّ حالِفٍ يَدَّعي البِرَّ في يَمينه، ويَدَّعي الحِنثَ على صاحِبه، فكان كلُّ واحِدٍ مُكذِّبًا صاحِبَه، فالحالِفُ الأوَّلُ يُكذِّبُ الثانيَ، والثّانِي يُكذِّبُ الأوَّلَ، فكان الثاني مُكذِّبًا بعدَ تكذيبِ الأوَّلِ، فصار الفَسادُ مُضافًا إلى البادِئ منهما بالحَلِفِ لهذا.

ولو حَلَفا معًا، أو قبلَ النِّزاعِ: فالفَسادُ مُضافٌ إلى مُشتَريه.

ولو حَلَفا معًا: فالفَسادُ مُضافٌ إلى الْمُشتَري كبِدايته.

ولو حَلَفا قبلَ النِّزاع في البَيع: فالفَسادُ مُضافٌ إلى مُشتَريه أيضًا؛ لأن أوَّلَ الكَلامِ لم يَصِر شَهادةً؛ لعَدَم الْمُنازَعةِ والإنكارِ، فيَتوقَّفُ الأوَّلُ على وُجود الثَّانِي، والثَّانِي كما وُجِد تُوجَدُ شَهادةٌ[1]؛ لتَقدُّم الْمُنازَعةِ، فصارا شَهادةً في زَمانٍ واحِدٍ، فصار كأنهما ادَّعيا معًا، فكان الفَسادُ مُضافًا إلى الْمُشتَري، واللهُ أعلَمُ بالصَّواب.

---

(١) في (هـ): توجد شهادته.

بَابُ
فيمَن يَكُونُ خَصْمًا وفيمَن لَا يَكُونُ خَصْمًا

ادَّعى عبدًا في يَده، فقال: (هو لفُلانٍ وَديعةً)، أو (إعارةً)، أو (إجارةً)، أو (رَهْنًا)، أو (غصبًا)، وأثبَته، أو إقرارَه: دُفِعت خُصومتُه، وإن قال شُهودُه: (نَعرِفُه بوَجهه[م]).

ادَّعى رَجُلٌ عبدًا في يَد رَجُلٍ أنه له، فقال ذو اليدِ: (هو لفُلانٍ الغائِبِ وَديعةً عندي) أو (عاريّةً) أو (إجارةً) أو (رهنًا) أو (غصبًا)، وأَقام على ذلك بَيِّنةً، أو[1] أَقام ذو اليدِ بَيِّنةً أن الْمُدَّعيَ أقرَّ أنه لفُلانٍ: اندَفَعت خُصومةُ الْمُدَّعي عنه؛ لأنه أثبَت ببيِّنته أنه وَصَل إليه من جِهة فُلانٍ، وأن يدَه ليست يدَ خُصومةٍ.

وقال ابنُ شُبرُمةَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يَخرُجُ من خُصومته وإن أَقام البَيِّنةَ على ما قال؛ لأنه صار خصمًا بيَده، فصار مُناقِضًا في دَفع الخُصومةِ عن نَفسه؛ وهذا لأنه بهذه البَيِّنةَ يُثبِتُ الْمِلكَ للغائِب، وهو ليس بخصمٍ في إثبات الْمِلكِ له؛ إذ لا وِلايةَ لأحدٍ على غَيره في إدخال شيءٍ في مِلكه بلا رِضاه، وخُروجُه من الخُصومة يَثبُتُ في ضِمن إثبات الْمِلكِ لغَيره، فإذا لم يَثبُت الأصلُ لم يَثبُت ما في ضِمنه.

ولنا: أن هذه البَيِّنةَ تُثبِتُ أمرَين: الْمِلكَ للغائِب، والحاضِرُ ليس بخصمٍ فيه، ودَفْعَ خُصومةِ الْمُدَّعي عنه[2]، وهو خصمٌ فيه، فكانت مَقبولةً فيما هو خصمٌ فيه غيرَ مَقبولةٍ

---

(١) في (ب) و(هـ): و.

(٢) كذا في (ب)، وفي (أ): المدعى عليه، وفي (ج): المدعي، وفي (د): المدعى عليه عنه، والمثبت موافق لـ «المبسوط» ١٧ / ٣٧.

فيما هو ليس بخصمٍ فيه، وهو إثباتُ الْمِلكِ للغائِب، كمن وَكَّل وَكيلًا بنَقل امرَأتِه أو أمتِه، فأَقامت البَيِّنةَ أنه طَلَّقها ثَلاثًا، أو أعتَقها: تُقبَلُ في قَصر يدِ الوَكيلِ عنها، ولا تُقبَلُ في وُقوع الطَّلاقِ والعَتاقِ ما لم يَحضُر الغائِبُ.

وهذا لأن مَقصودَ ذي اليدِ إثباتُ أن يدَه يدُ حِفظٍ لا يدُ خُصومةٍ، لا إثباتُ[1] الْمِلكِ للغائِب، وفيما هو الْمَقصودُ الْمُدَّعي خصمٌ له، فتُقبَلُ فيه، ولا تَندفِعُ الخُصومةُ عنه[2] بدُون إقامةِ[3] البَيِّنةِ.

وقال ابنُ أبي لَيلى رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَخرُجُ من خُصومته بمُجرَّد قولِه بغَير بَيِّنةٍ؛ لأنه لا تُهمةَ فيما يُقِرُّ به على نَفسه، فثَبَت ما أقَرَّ به بمُجرَّد إقرارِه، وتَبيَّن أن يدَه يدُ حِفظٍ لا يدُ خُصومةٍ.

ولنا: أن الخُصومةَ توَجَّهت عليه بظاهِر يدِه، ولهذا كان للقاضِي إحضارُه وتكليفُه بالجَواب، فهو بدَعواه هذه يُريدُ إبطالَ الخُصومةِ الْمُتوجِّهةِ عليه، فلا يُصدَّقُ إلا بحُجّةٍ، كما لو ادَّعى تَحوُّلَ الدَّينِ من ذِمّته إلى ذِمّة غيرِه، وكما لا يُصدَّقُ الْمُدَّعي في دَعواه الْمِلكَ إلا بحُجّةٍ.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن كان ذو اليدِ صالِحًا تَندفِعُ عنه الخُصومةُ إذا أَقام البَيِّنةَ، وإن كان مَعروفًا بالحِيَل لم تَندفِع الخُصومةُ عنه بإقامة البَيِّنةِ..

رَجَع إليه حينَ ابتُلِي بالقَضاء وعَرَف أحوالَ النّاسِ، فقال: الْمُحتالُ من النّاس قد يَأخُذُ مالَ إنسانٍ غصبًا، ثم يَدفَعُ سِرًّا[4] إلى من يُريدُ أن يَغيبَ عن البَلدة حتى يُودِعه

(١) في (ب): لأن إثبات، وفي (د) و(هـ): لإثبات.

(٢) في (أ): عنده.

(٣) في (هـ): (بإقامة) بدل (بدون إقامة).

(٤) في (ب): شراء.

بشَهادة الشُّهودِ، حتى إذا جاء المالِكُ وأَراد أن يُثبِتَ مِلكَه يُقيمُ ذو اليدِ البيِّنةَ على أن فُلانًا أودَعه، فيَبطُلُ حقُّه، وتُدفَعُ خُصومةُ المالِكِ.

وهذا الذي ذَكَرنا إذا عَرَف شُهودُ صاحِبِ اليدِ الْمُودَعَ باسمه ونسَبِه ووجهِه، فأما إذا قال شُهودُ ذي اليدِ: (أودَعه رَجُلٌ لا نَعرِفُه أصلًا): فالقاضِي لا يَقبَلُ شَهادتَهم، ولا تَندفِعُ خُصومةُ الْمُدَّعي عن صاحِب اليدِ بالإجماع، فلعل ذلك الرَّجُلَ هو الْمُودَعُ الذي[1] حَضَر مُنازِعًا، وعلى هذا التَّقديرِ لا تَندفِعُ الخُصومةُ عن ذي اليدِ، ويَجوزُ أن يَكونَ الدّافعُ غيرَه، وعلى هذا التَّقديرِ تَندفِعُ الخُصومةُ عن ذي اليدِ، فلا تَندفِعُ الخُصومةُ عن ذي اليدِ بالشَّكِّ والاحتِمالِ.

ولأن الخُصومةَ إنما تَندفِعُ عن ذي اليدِ إذا حَوَّله إلى غَيره بالبيِّنة، والتَّحويلُ إنما يَتحقَّقُ إذا أَحاله على رَجُلٍ مُعيَّنٍ يُمكِنُه اتِّباعُه ليُخاصِمَه، فإذا أَحاله على مَجهولٍ، ولا يُمكِنُه اتِّباعُ الْمَجهولِ: كان ذلك إبطالًا لا تَحويلًا، فلو اندَفعت يَتضرَّرُ به الْمُدَّعي.

وإن قال الشُّهودُ: (نَعرِفُ الْمُودَعَ بوَجهه، ولا نَعرِفُه باسمه ونسَبِه): لا تَندفِعُ الخُصومةُ عنه عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن تَعريفَ الغائِبِ بالنِّسبة.

وهذا لأن الخُصومةَ تَوجَّهت على ذِي اليدِ بظاهِرِ يدِه، فلا تَندفِعُ الخُصومةُ عنه إلا بالحَوالة على رَجُلٍ يُمكِنُ اتِّباعُه؛ ليَكونَ تَحويلًا لا إبطالًا، ولم تُوجَد الحَوالةُ على رَجُلٍ يُمكِنُ اتِّباعُه، فكان هذا بمَنزِلة قولِه: (أودَعه رَجُلٌ لا نَعرِفُه).

وهذا لأن الْمَعرِفةَ بالوَجه لا تَكونُ مَعرِفةً؛ لأنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ قال لرَجُلٍ: «أتعرِفُ فُلانًا؟»، فقال: نعم، فقال عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «هل تَعرِفُ اسمَه ونسَبَه؟»، فقال: لا، فقال عَلَيْهِ ٱلسَّلَامُ: «إذنْ لا تَعرِفُه»[2]، ومن حَلَف لا يَعرِفُ فُلانًا، وهو يَعرِفُ وجهَه دونَ

(١) في (ب) و(ج): ذلك الرجل المودع هو الذي.

(٢) روى البيهقي (٢٠٣٩٨) عن ابن عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا قال: كنت مع رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فمر=

اسمِه ونسَبِه: لا يَحنَثُ.

وعندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تَندفِعُ الخُصومةُ عنه؛ لأن حاجةَ ذي اليدِ إلى دَفع الخُصومةِ عن نَفسه، وإنما تَندفِعُ الخُصومةُ عنه إذا أثبَت أن يدَه ليست بيَد مِلكٍ وخُصومةٍ، وقد حَصَل ذلك؛ لأنه أثبَت ببَيِّنته أنه ليس بخصمٍ لهذا الْمُدَّعي؛ فإنّا نَعلَمُ أن مُودَعَه ليس هذا الْمُدَّعيَ؛ إذ الشُّهودُ يَعرِفون الْمُودَعَ بوَجهه، بخِلاف ما لو قال: (لا يَعرِفُه أصلًا)؛ لِما مَرّ، ومَقصودُ ذي اليدِ إثباتُ أنه ليس بخصمٍ لهذا الحاضِرِ، وهذه البَيِّنةُ كافِيةٌ لهذا الْمَقصود.

ثم إن تَضرَّر الْمُدَّعي بأن لم يَقدِر على اتِّباع خصمِه فذلك الضَّرَرُ يَلحَقُه من قِبَل نفسِه حيث نَسِي خصمَه، أو من قِبَل شُهودِه بأن جَهِلوا خصمَه، لا من جِهة ذي اليدِ، ونحن نُسلِّمُ أن الْمَعرِفةَ بالوَجه لا تكونُ مَعرِفةً تامّةً، ولكن ليس على ذي اليدِ تَعريفُ خصمِ الْمُدَّعي، وإنما عليه أن يُثبِتَ أنه ليس بخصمٍ له.

وهذه الْمَسألةُ مُخمَّسةُ كِتابِ الدَّعوى؛ لأن لخَمسةٍ من العُلَماء رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ فيها قولًا، وهي خمسُ مَسائِلَ كما بَيَّنّا.

لا في (ابتَعتُه منه)، أو (غَصَبتُه)، أو (سَرَق[1] منِّي)، لا (غُصِب)، وقُضِي عليه فقط.

= رجل برسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يسأله، فقال: «كيف أنت يا عبد الله؟ أتعرفه؟»، قلت: نعم، قال: «ما اسمه؟»، قلت: لا أدري، قال: «فأين منزله؟»، قال: قلت: لا أدري، قال: «فليس هذه بمعرفة».

وروى أبو داود في «المراسيل» (٤٠١) عن مجاهد قال: مر رجل على النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «من يعرفه؟»، فقال رجل: أنا أعرفه بوجهه ولا أعرفه باسمه، قال: «ليست تلك معرفة».

وروى الإمام محمد في «الأصل» ٢/ ٣٦١ بلاغًا: عن رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه سأل رجلًا عن رجل فقال: «هل تعرفه؟»، فقال: نعم، فقال: «هل تدري ما اسمه؟»، قال: لا، قال: «أراك إذن لا تعرفه».

وإن قال: (ابتَعتُه من الغائِب): فهو خصمٌ؛ لأنه بزَعمه أن يدَه يدُ مِلكٍ صار مُعترفًا بكَونه خصمًا.

وإن قال الْمُدَّعي: (غَصَبتَه مني) أو (سَرَقتَه) أو (سَرَق مني): لا تَندفِعُ الخُصومةُ، وإن أَقام ذو اليدِ البيِّنةَ على الوَديعة؛ لأنه إنما صار خصمًا بدَعوى الفِعلِ عليه لا بيَدِه، فلا تَندفِعُ دَعواه بإحالة الْمِلكِ إلى غَيره؛ لأنه لم يَدَّعِ الْمِلكَ عليه، وإنما ادَّعى عليه الفِعلَ.

بخِلاف دَعوى الْمِلكِ الْمُطلَقِ؛ لأنه صار خصمًا فيه بيَده، حتى لا تَصِحُّ دَعوى الْمِلكِ على غَير ذي اليدِ، وتَصِحُّ دَعوى الفِعلِ.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تَندفِعُ في قَوله: (سَرَق مني)؛ لأنه لم يَدَّعِ الفِعلَ عليه، بل هذا دَعوى الفِعلِ على الْمَجهول، وهي باطِلةٌ، فالتَحقت بالعَدَم، فبَقِي دَعوى الْمِلكِ.

ولهما: أن هذا بمَنزِلة تَعيينِ ذي اليدِ للسَّرِقة، ولو عَيَّنه لم تَندفِع، كذا هنا، وهذا لأن ذِكرَ الفِعلِ يَستَدعي فاعِلًا، والظّاهرُ أنه الذي في يَده، وإنما أبهَمه درءًا للحدّ، فنَزَل ذلك مَنزِلةَ تَعيينِه.

ولو قال: (غَصَب مني) تَندفِعُ؛ لأنه لا حدَّ فيه، فلا يُحترَزُ عن كَشفه.

فلو قُضِي عليه، ثم حَضَر الغائِبُ وأَقام البيِّنةَ على الْمِلك: تُقبَلُ؛ لأنه لم يَصِر مَقضيًّا عليه، وإنما قُضِي على ذي اليدِ فقط.

وفي دَعوى العَتقِ منه عليهما، ومن الغائِب لا، وحِيل بينَهما بكَفيل.

وإن ادَّعى العبدُ الإعتاقَ عليه: يُقضى بالعَتق لدَعوى الفِعلِ، فلو قُضِي عليه، ثم حَضَر الغائِبُ وادَّعى: لا يُلتفَتُ إليه؛ لنَفاذ القَضاءِ عليهما[1].

---

(١) في (هـ) زيادة هنا: لأن القَضاءَ بالعَتق قَضاءٌ على الكافّة؛ لأنه يَتعلَّقُ به أحكامٌ تَتعلَّقُ بالكافّة،=

ولو ادَّعى العبدُ أنه مِلكُ فُلانٍ الغائِبِ وأنه أعتَقه: لا تُقبَلُ بَيِّنتُه عليه؛ لإقرار العبدِ بأنه ليس بخصمٍ، وحِيل بينَهما بكَفيلٍ استِحسانًا؛ لأن الأصلَ فيه عدَمُ الْمِلكِ، فقُبِلت البَيِّنةُ في حقِّ إزالةِ اليدِ؛ احتِياطًا لأَمر الحُرِّيّةِ.

ولو ادَّعى حُرِّيّةَ الأصلِ، فبَرْهَن على الْمِلك وإيداعِه: قُبِل، وعلى إيداعه لا، ولو بَرْهَنا: حِيلَ بينَهما.

ولو ادَّعى العبدُ أنه حُرُّ الأصلِ فالقولُ للعَبد؛ لأنه أنكَر اليدَ أصلًا، والأصلُ فيه عدَمُ اليدِ، فإن أَقام ذو اليدِ البَيِّنةَ على الْمِلك وإيداعِه: تُقبَلُ؛ لأن الأصلَ يَقبَلُ التَّبدُّلَ، وقد ثَبَت أنه تبدَّل.

وإن أَقام على إيداعه فحسبُ لا تُقبَلُ، بخِلاف الدّارِ؛ لأن الإيداعَ في الآدَميِّ لا يَفتقِرُ إلى الْمِلك؛ إذ الحُرُّ الصَّغيرُ يُودَعُ، أما الدّارُ: فمَملوكةٌ لا مَحالةَ، والإنسانُ يُودِعُ مِلكَه.

وإن بَرْهَن على الْمِلك والإيداعِ، وبَرْهَن العبدُ على حُرِّيّة الأصلِ: حِيل بينَهما بكَفيلٍ.

ولو ادَّعى شِراءَه من فُلانٍ، وذُو اليدِ وَديعةً منه: دُفِعت بقَوله، وحُلِّف إن طَلَب، ولو قال: (أودَعني وَكيلُه): لا.

ولو ادَّعى شِراءَه من فُلانٍ، وقال ذو اليدِ: (أودَعنيه فُلانٌ ذلك): اندَفعت الخُصومةُ بقَوله بغَير بَيِّنةٍ؛ لتَصادُقهما على أن أصلَ الْمِلكِ فيه لفُلانٍ، فالظّاهرُ أن وُصولَه إلى يَد ذي اليدِ من جِهَته، فلم تكن يدُه يدَ خُصومةٍ، بل يدُ نِيابةٍ.

= كالوِلايةِ والشَّهادةِ.

والدَّعوى إنما تَصِحُّ على من يَكونُ له يدُ مِلكٍ، إلا أن يُقيمَ الْمُدَّعي البيِّنةَ أن فلانًا وَكَّله بقَبضه؛ لأنه يُثبِتُ بحُجّته أنه أحَقُّ بإمساكه، فإن طَلَب الْمُدَّعي يَمينَه على ما ادَّعى من الإيداع حُلِّف على البَتات.

ولو قال ذو اليدِ: (أودَعني وَكيلُه): لا يُصدَّقُ إلا ببيِّنةٍ؛ لأن الوَكالةَ لا تَثبُتُ بقَوله.

وتَندفِعُ بدَعوى الشِّراءِ والقبضِ من ذِي اليدِ، لا بدُونه.

ولو ادَّعى أنه اشتَراه من ذي اليدِ وقَبَضه: تَندفِعُ الخُصومةُ بدَعوى الوُصولِ من الغَير؛ لأن مُوجَبَ العقدِ يَنتَهي بالقَبض، فبَقِي خصمًا بيَده، فصار كدَعوى الْمِلكِ الْمُطلَقِ، ولهذا لا يُشترَطُ بيانُ الثَّمنِ.

ولو لم يَدَّعِ القبضَ: لا تَندفِعُ الخُصومةُ بالإحالة إلى الغَير؛ لأن مُوجَبَ العقدِ لم يَتناهَ، فبَقِي خصمًا بدَعوى الفِعلِ عليه.

ولو ادَّعى مِلكَه، وصُدِّق، فادَّعى وَديعةً، وبَرْهَن: دُفِعت، وإلا لا، وكذا لو عَكَس.

ولو ادَّعى أنه مِلكُه، فصَدَّقه، ثم ادَّعى أنه وَديعةُ فُلانٍ.. إن بَرْهَن: دُفِعت الخُصومةُ، ولا يَكونُ تَناقُضًا[1]؛ لجَواز أن الْمُدَّعيَ آجَره من الغائِب، أو رَهَنه منه، ثم أودَعه الغائِبُ من ذي اليدِ، وإن لم يُبرهِن: دُفِع إليه.

وكذا لو عَكَس، بأن بَدأ فقال: (هو وَديعةُ فُلانٍ)، ثم أقَرَّ للمُدَّعي[2]: فإنه يُدفَعُ إلى الْمُدَّعي؛ لأن حقَّه ثابتٌ، وحقَّ الغائِبِ مُتردِّدٌ.

وإن ادَّعى شِراءَه منه، وحَضَر الغائِبُ قبلَ القَضاءِ: دُفِع إليه، وإن بَرْهَن: قُضِي له، إلا أن يُعِيدَ قبلَه.

(١) في (ب): مناقضًا.

(٢) في (ج): المدعي.

وإن ادَّعى رَجُلٌ على ذي اليدِ شِراءَه منه، وادَّعى ذو اليدِ الوَديعةَ من فُلانٍ: لم تُقبَل بَيِّنةُ ذي اليدِ على كَونه وَديعةً؛ لأنه يَدَّعي عليه فِعلًا، فلا يَخرُجُ من أن يَكونَ خصمًا بإِحالة اليدِ إلى غَيره.

فإن حَضَر الغائِبُ قبلَ أن يُقضى بشُهود الْمُدَّعي: دُفِع إليه إن ادَّعاه؛ لأن إقرارَ ذي اليدِ صَحيحٌ، ولا ضرَرَ فيه على الْمُدَّعي؛ لأنه يُقضى له بتلك البَيِّنةِ أنه مِلكُه.

وإن بَرْهَن الْمُقَرُّ له أنه كان مِلكًا له: يُقضى له، وبَطَلت بَيِّنةُ الْمُشتَري؛ لأنه ظَهَر أنها قامت على غَير خصمٍ، إلا أن يُعيدَ الْمُشتَري البَيِّنةَ على الْمُقَرِّ له قبلَ القَضاءِ له، فحينَئذٍ يُقضى له؛ لأنه خارِجٌ، والْمُقَرَّ له صاحِبُ اليدِ.

ولو ادَّعاه اثنانِ، فبَرْهَنا، فأقَرَّ به لأَحدهما: صحّ، فإن زُكِّيتا: قُضِي لهما.

ولو ادَّعاه اثنان، وبَرْهَن كلُّ واحِدٍ منهما أنه له أودَعه الذي في يَده، فلم يُقضَ به حتى أقَرَّ به لأَحدهما: صَحّ؛ لأنه مِلكُه ظاهِرًا، فإن زُكِّيت البَيِّنتان قُضِي لهما[1]، وظَهَر أن الإقرارَ كان باطِلًا.

ولا تُقبَلُ بَيِّنةُ أحَدِهما على الآخَر بعدَه، إلا أن يَستأنِفَ من لم يُقَرَّ له.

ولا تُقبَلُ بَيِّنةُ أحَدِهما على الآخَر بعدَه؛ لأنه صار مَقضيًّا عليه في النِّصف؛ إلا أن يَستأنِفَ من لم يُقَرَّ، أي قبلَ القَضاءِ له[2]؛ لأنه إذا أَعاد البَيِّنةَ فقد أبرَأ ذا اليدِ عن الخُصومة، ورَضِي بنَفاذ إقرارِه، واستَأنَف الخُصومةَ مع الْمُقَرِّ له، فاجتَمَع بَيِّنةُ الخارِجِ وذي[3] اليدِ، فبَيِّنةُ الخارِجِ أولى.

---

(١) في (هـ): بهما.

(٢) في (هـ): من لم يقر له أي قبل القضاء، وقوله: (أي قبل القضاء) غير مثبت في (أ) و(د).

(٣) في سوى (هـ): وذو.

ولو ادَّعاه، فقاما مِن عِند القاضِي، فباعَه من آخَرَ، وسَلَّمه، ثم قَبِله وَديعةً.. فإن عَلِم، أو أقرَّ[١] الْمُدَّعى به، أو بَرْهَن عليه، لا البيعِ: دُفِعت.

ولو ادَّعى عبدًا في يَد رَجُلٍ وقَدَّمه إلى القاضِي، فلما قاما من عِند القاضِي باعه ذو اليدِ من آخرَ، وسَلَّمه إليه، ثم قَبِله وَديعةً من الْمُشتَري، وغاب، فأَعاده إلى القاضِي ليُقيمَ البيِّنةَ.. فإن علمِ القاضِي بما صَنَع أو أقرَّ الْمُدَّعي بما صَنَع الْمُدَّعى عليه، أو بَرْهَن على إقراره به: تَندفِعُ الخُصومةُ.

وإن بَرْهَن على البَيع: لم تَندفِع الخُصومةُ، ولا يَلتفِتُ القاضِي إلى بَيِّنته؛ لأنه يُريدُ إخراجَ نفسِه عن الخُصومة بعدَما صار خصمًا بيَده، ويُقضى عليه.

ولو مات، أو أبَق، فبَرْهَن على الوَديعة: لا، فإن حَضَر، وصَدَّق: رَجَع في وَديعةٍ، وإجارةٍ، ورَهْنٍ، لا غصبٍ وعارِيّةٍ.

عبدٌ مات في يَد شخصٍ أو أبَق، فادَّعى رَجُلٌ أنه كان له، وأَقام ذو اليدِ بَيِّنةً أن فُلانًا أودَعه أو آجَره أو ما أشبَه ذلك، على ما مَرّ: لم[٢] تَندفِع الخُصومةُ؛ لأنه يَدَّعي القِيمةَ في ذِمّته؛ لتَعذُّر ردِّ عَينِه بالْمَوت أو الإباقِ.

وهذا لأن مِن زعمِه أن ذا اليدِ غاصِبٌ أو مُودَعُ الغاصِبِ، وقد وَجَب الضَّمانُ عليه بالْمَوت أو الإباقِ، فالْمُدَّعى عليه[٣] وإن[٤] أثبَت أن غيرَه أودعَه فلا يَظهَرُ بهذا أنه ليس بمُودَع الغاصِبِ، فلا يَنتَفي الضَّمانُ عنه.

---

(١) في (ف): أخذ.

(٢) سقطت من (ج).

(٣) في (ج): فالمدعي.

(٤) في (هـ): إن.

فإن قُضِي عليه بالقِيمة، وحَضَر الغائِبُ وصَدَّقه: رَجَع عليه في الوَديعة والإجارة والرَّهنِ؛ لأنه عامِلٌ له، لا في الغَصب والعارِيّةِ؛ لأنه إنما ضَمِن بفِعلٍ باشَره لنفسه.

ولو كان العبدُ قائِمًا وذَهَبت عَينُه، وأَخَذ أرشَها، وأَقام البيِّنةَ أن فُلانًا أودَعه: فلا خُصومةَ في العبدِ ولا في الأَرْش؛ لأن يدَه في العَبد يدُ حِفظٍ؛ لِما مَرّ، والأَرْش تَبعٌ، فإذا اندَفعت الخُصومةُ في الأَصل تَندفِعُ في التَّبع[1].

ولو أمةً، ووَلَدت: قُضِي بقِيمتها دونَه، بخِلاف الأَرْشِ.

ولو كان الْمُدَّعَى أمةً، ووَلَدت وماتت، فأَقام الْمُدَّعي بَيِّنةً أنها أمتُه وَلَدت في مِلكه، وأَقام ذو اليدِ أن فُلانًا أودَعها إيّاه قبلَ أن تَلِدَ: فإن القاضِيَ يَقضي بقِيمة الأمةِ للمُدَّعي دونَ الولَدِ؛ لأن الأصلَ هو الأمةُ، والدَّعوى فيها[2] بعدَ هَلاكِها دَعوى القِيمةِ، والقِيمةُ دَينٌ في ذِمّة من ماتت في يَده.

والولَدُ بعدَ الانفِصالِ ليس بتبَعٍ محضٍ، فقد يَكونُ الولَدُ لإنسانٍ والأمةُ لآخرَ، ولهذا تَصِحُّ الوصِيّةُ بالحَمل، بخِلاف الأَرْشِ؛ لأنه تَبعٌ محضٌ؛ إذ لا يُتصوَّرُ أن يَكونَ العبدُ لإنسانٍ وعَينُه أو أَرْشُ عَينِه لآخرَ، فلما تَعذَّر القَضاءُ في الأَصل تَعذَّر في التَّبع؛ لأن الحُكمَ في التَّبعَ يَثبُتُ بثُبوته في الأَصل.

ولو قُتِلت، ودُفِع عبدٌ بها، وطَلَب عَينَه لا قِيمتَه: دُفِعت.

أمةٌ في يَد رَجُلٍ قتَلها عبدٌ، فدُفِع بها، وأَقام رَجُلٌ البيِّنةَ أن الأمةَ كانت له، وأَقام ذو اليدِ على الوَديعة.. قِيل للمُدَّعي: (إن طَلَبتَ العبدَ فلا خُصومةَ لك) لأن العبدَ قام مَقامَ الأمةِ لحمًا ودمًا، فكأنها قائِمةٌ، ولو كانت قائِمةً وأَقام ذو اليدِ البيِّنةَ على الإيداع: تَندفِعُ

(١) في (ج): المبيع.

(٢) في (ج): فيما.

الخُصومةُ عنه، كذا هنا، (وإن طَلَبتَ القِيمةَ فلك الخُصومةُ) لأنها في ذِمّته، فلا تَندفِعُ؛ لِما مَرّ.

وإنما كان كذلك: لأن ذا اليدِ غاصِبٌ في حقِّه، والغاصِبُ إذا أَخَذ الضَّمانَ من الجانِي فللمالِك الخِيارُ، إن شاء أَجازه وإن شاء رَدَّه.

ادَّعى دارًا مِلكًا، أو شِراءً منه مُنْذُ سَنةٍ، أو شُفعةً فيها، فقال: (كانَت لي، بِعتُها -أو وَهَبتُها[1]- من فُلانٍ، فأودَعنِيها): لا تَندفِعُ، إلا إذا صَدَّقه، أو عَلِم القاضِي.

دارٌ في يَد رَجُلٍ ادَّعاها آخَرُ مِلكًا مُطلَقًا، أو شِراءً منه مُذ سنةٍ، أو شُفعةً فيها، فقال ذو اليدِ: (كانت لي، ولكن بِعتُها من فُلانٍ) أو (وَهَبتُها له وسَلَّمتُها، فأودَعنِيها): لا تَندفِعُ الخُصومةُ؛ لأنه بإقراره أنها مِلكُه أقَرَّ بكَونه خصمًا، ثم أَراد إخراجَ نفسِه عن الخُصومة بتَصرُّفٍ أحدَثه فيما وَقَع فيه[2] الدَّعوى، فلا يُسمَعُ، إلا إذا صَدَّقه الْمُدَّعي فيما يَقولُ، أو عَلِم القاضِي بذلك، فحينَئذٍ تَندفِعُ عنه الخُصومةُ.

ولا تُقبَلُ بيِّنتُه على البَيع، وبَيِّنةُ الغائِبِ إن قُضِي للمُدَّعي على الشِّراء، وتُقبَلُ على الْمِلك.

فإن لم يكن شيءٌ من ذلك، ولكن أقام ذو اليدِ بَيِّنةً على البَيع: لا يُقبَلُ؛ لأنه لو قُبِل وقُضِي به يَكونُ قَضاءً على الغائِب.

فإن قُضِي عليه، فحَضَر الغائِبُ، فأقام بَيِّنةً على شِرائه من ذي اليدِ: لا يُقبَلُ؛ لأنه صار مَقضيًّا عليه، ويُقبَلُ على الْمِلك الْمُطلَقِ؛ لأنه لم يَدَّعِ تَلقِّيَ الْمِلكِ من ذي اليدِ.

---

(١) في (م): رهنتها.

(٢) في (ب): وقع به، وفي (هـ): دفع عنه.

ولو بَرْهَن قبْلَه عليه: نَزَلا، كخارِجَين.

ولو بَرْهَن الغائِبُ قبلَ القَضاءِ للمُدَّعي على الْمِلك الْمُطلَقِ: صار هو مع الْمُدَّعي كخارِجَين أَقاما البيِّنةَ.

فإن بَرْهَن الغائِبُ على الشِّراء مُذ شهرٍ: قُبِل في إِبطال بَيِّنةِ الخارِجِ، وتُعادُ.

فإن بَرْهَن الغائِبُ على الشِّراء من ذي اليدِ مُذ شهرٍ: يُقبَلُ في إبطال بيِّنةِ الخارِجِ؛ لأن بَيِّنته تُثبِتُ أن بَيِّنةَ الْمُدَّعي قامت على غَير الخصمِ، ويُقالُ للمُدَّعي: أَعِد[1] الشُّهودَ على الْمُقَرِّ له إن شِئتَ؛ لأن البيِّنةَ الأُولى قد بَطَلت.

ولو قال الْمُدَّعي: (كانَت في يَد فُلانٍ، ولم أدْرِ أدَفَع أم لا)، وقال ذُو اليدِ: (دَفَع): لا.

ولو قال: (كانت في يَد فُلانٍ، ولكن لم أدْرِ أدَفَع إليه أم لا)، وقال ذو اليدِ: (دَفَع إليَّ فُلانٌ): فلا خُصومةَ؛ لأنه أقَرَّ أن الخصمَ غيرُه.

خُصومةُ شاهِدٍ واحِدٍ كالعَدَم، لا شاهِدان قبلَ القَضاءِ.

شاهِدٌ واحِدٌ كالعَدَم، حتى لو ادَّعى دارًا، وأَقام شاهِدًا، فقاما من عِند القاضِي ليأتِيَ بآخرَ، ثم صَنَع شيئًا من ذلك: فهو على ما بَيَّنّا؛ لأن الشّاهدَ الواحِدَ لا يُوجِبُ الاستِحقاقَ.

لا شاهِدان قبلَ القَضاءِ، أي لو أَقام شاهِدَين وعُدِّلا، ولم يُقضَ بشَهادتهما حتى كان بعضُ ما وَصَفنا: فهو خصمٌ لا تَندفِعُ الخُصومةُ عنه، وإن عَلِم القاضِي أو أقَرَّ الْمُدَّعي؛ لأنه استَوجَب القَضاءَ بالشَّهادة، فصار المحَلُّ مُستحَقًّا له، فلا تَنفُذُ تَصرُّفاتُه.

بَرْهَن على إِسكان فُلانٍ وتَسليمِه، أو على إسكانه، وهو في يَده يومَئذٍ، أو الآنَ، لا

(١) في (ب): اتخذ.

في يَد ثالِثٍ: دُفِعت.

ادَّعى رَجُلٌ دارًا في يَد رَجُلٍ أنها دارُه، وأَقام ذو اليدِ بيِّنةً أن فُلانًا أسكَنها إيّاه.. فهذه على أربَعة أوجُهٍ:

إن شَهِدا على إسكان فُلانٍ وتَسليمِه، أو على إسكانه وكانت[1] في يَد السّاكنِ يومَئذٍ، أو[2] الآنَ في يَد السّاكنِ: تَندفِعُ، وإن قالُوا: (كانت يومَئذٍ في يَد ثالِثٍ): لا تُقبَلُ.

أما الأوَّلُ: فلأنهما شَهِدا على إسكانٍ صَحيحٍ؛ لأن الإسكانَ الصَّحيحَ أن يَكونَ فيه تَسليمٌ وتَسلُّمٌ.

وكذا الثّاني؛ لأن القبضَ الْمَوجودَ عَقيبَ العقدِ يُضافُ إليه.

وكذا الثّالثُ؛ لأن تَحكيمَ الحالِ لِمَعرِفة الماضِي أصلٌ مُقرَّرٌ.

وأما الرّابعُ: فإسكانٌ فاسِدٌ[3].

---

(١) في (هـ): أو كانت.

(٢) في (ب) و(ج): و.

(٣) في (ج): والله الموفّق.

باب ما يدعيه الرجلان

بَرْهَنا على ما في يَد آخَرَ: قُضِي لهما(ف).

ادَّعى اثنان عَينًا في يَد آخرَ، كلُّ واحِدٍ يَزعُمُ أنها له، وأَقاما البَيِّنَةَ: قُضِي بها بينَهما.

وفي أحَد قَولَي الشّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تَتهاتَرُ البَيِّنتان.

وفي قولٍ: يُقرَعُ بينَهما، ويُقضى لمن خَرَجت قُرعتُه؛ لأن القاضِيَ تَيقَّن بكَذِب أحدِ الفَريقَين؛ لاستِحالة أن يَكونَ كلُّ الْمُدَّعى لكلِّ واحِدٍ منهما في حالةٍ واحِدةٍ، وتُهمةُ الكَذِبِ تَمنَعُ العمَلَ بالشَّهادة، فتَيقُّنُه أَولى، وتَعذَّر تَمييزُ الصّادقِ من الكاذِب، فتَتهاتَران.

أو يُعيَّنُ أحَدُهما بالقُرعة؛ لِما رُوِي أن رَجُلَين تَنازَعا في أمةٍ بينَ يَدَي رَسولِ اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأَقام كلُّ واحِدٍ منهما بَيِّنةً أنها أمتُه، فأقرَع رَسولُ اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بينَهما، وقال: «اللَّهُمَّ أنت تَقضِي بينَ عِبادِك بالحقّ»، ثم قَضى بها لمن خَرَجت قُرعتُه(١).

---

(١) روى الطبراني في «الأوسط» (٣٩٨٥) عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة: أن رجلين اختصما إلى رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فجاء كل واحد منهما بشهود عدول في عِدّة واحدة، فساهم بينهما رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وقال: «اللهم اقض بينهما».

وروى أبو داود في «المراسيل» (٣٩٨) عن بكير: أنه سمع ابن المسيب يقول: اختصم رجلان إلى رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في شيء، فجاء كل واحد منهما بشهداء عدول على عِدّة واحدة، فسهم بينهما رسول الله صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وقال: «اللهم أنت تقضي بينهما».

ولأن استِعمالَ القُرعةِ لتَعيين الْمُستحِقِّ أصلٌ في الشَّرع، كما في قِسمة المالِ الْمُشترَكِ.

ولنا: حَديثُ تَميمِ بنِ طَرَفةَ الطّائيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أن رَجُلَين تَنازَعا في عَينٍ بينَ يَدَي رَسولِ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأَقاما البيِّنَةَ، فقَضى بها رَسولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بينَهما نِصفَين[1].

وما رُوِي من استِعمال القُرعةِ فقد كان في وقتٍ كان القِمارُ مُباحًا، ثم انتَسَخ ذلك بحُرمة القِمارِ[2]؛ لأن تَعيينَ الْمُستحِقِّ كابتِداء الاستِحقاقِ، فكما أن تَعليقَ الاستِحقاقِ بخُروج القُرعةِ يَكونُ قِمارًا.. فكذا تَعيينُ الْمُستحِقِّ بخُروج القُرعةِ يَكونُ قِمارًا.

بخِلاف قِسمةِ المالِ الْمُشترَكِ؛ فللقاضِي ثَمَّ وِلايةُ التَّعيينِ بغَير قُرعةٍ، وإنما يُقرِعُ لتَطييب القُلوبِ ونفيِ تُهَمةِ الميلِ عن نَفسه، فلا يَكونُ ذلك في مَعنى القِمارِ.

ولأنهما استَويا في سَبَب الاستِحقاقِ، والْمُدَّعى قابِلٌ للاشتِراك، فيَستَويان في الاستِحقاق، كالغَريمَين في التَّركة.

وهذا لأن البيِّناتِ حُجَجُ اللهِ تَعالى، فيَجِبُ العمَلُ بها ما أمكَن، وقد أمكَن هنا؛

(١) روى ابن أبي شيبة (٢١١٥٧) عن تميم بن طرفة: أن رجلين ادعيا بعيرًا، فأقام كل واحد منهما البينة أنه له، فقضى به النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه بينهما.

وروى أبو داود (٣٦١٥) عن قتادة: أن رجلين ادعيا بعيرًا على عهد النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فبعث كل واحد منهما شاهدين، فقسمه النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بينهما نصفين.

(٢) روى النحاس في «الناسخ والمنسوخ» ص١٨٦ عن ابن عباس: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ﴾ [البقرة: ٢١٩] قال: كان أحدهم يقامر بأهله وماله، فإذا قُمِر أخِذ أهله وماله. قال أبو جعفر: حكى أهل العلم بكلام العرب أن الميسر كان القمار في الجُزُر خاصة، قال أبو إسحاق: فلما حرم حرم جميع القمار، كما أنه لما حرمت الخمر حرم كل ما أسكر كثيره، وذكر الشعبي أن القمار كان حلالًا ثم حرم.

لأنه قد تَتوالى يَدان لشَخصَين على عَينٍ واحِدةٍ في وَقتَين، فاعتَمَد كلُّ واحِدٍ منهما سببًا أطلَق له أداءَ الشَّهادةِ، وهو مُعايَنتُه اليدَ لمن شَهِد له، أو اعتَمَد أحَدُهما سببَ الْمِلكِ، كالشِّراء ونحوِه، والآخَرُ اليدَ، فصَحَّت الشَّهادتان، فيُعمَلُ بهما بالتَّنصيف؛ لأن المحَلَّ يَقبلُه.

وفي النِّكاح: سَقَطا، وهي لمن صَدَّقت، أو سَبقت بيِّنتُه.

وإذا ادَّعى كلُّ واحِدٍ منهما نِكاحَ امرَأةٍ، وبَرْهَنا: سَقَطا، ولم يُقضَ بواحِدٍ[1] من البيِّنتَين؛ لأن العمَلَ تَعذَّر بهما؛ لأنه لا يَحتمِلُ الاشتِراكَ، ويُرجَعُ إلى تَصديق الْمَرأةِ لأحَدهما؛ لأنه يُحكَمُ بالنِّكاح بتَصادُق الزَّوجَين.

وهذا إذا لم يُوقَّت البيِّنتان، فإن وُقِّتا[2] فأسبقُهما وقتًا أولى؛ لِما فيه من زِيادة الإثباتِ، ولأنه لا مُعارِضَ له في ذلك الزَّمانِ، فيُقضى به في ذلك الزَّمانِ، ويَلزَمُ من ذلك بُطلانُ نِكاحِ الآخَرِ وبُطلانُ شَهادتِه بعدَ ذلك.

وإن أقَرَّت لأحَدهما قبلَ[3] إقامةِ البيِّنةِ: فهي امرَأتُه؛ لتَصادُقهما عليه.

وإن أَقامَ الآخَرُ البيِّنةَ: قُضِي بها؛ لأن البيِّنةَ أَقوى من الإقرار؛ لأنها مُلزِمةٌ.

ولو ادَّعى على امرَأةٍ نِكاحًا، فجَحَدت، فأَقام البيِّنةَ، فقُضِي بها له، ثم ادَّعى آخَرُ، وأَقام البيِّنةَ على أنها امرَأتُه: لا يُحكَمُ بها؛ لأن الشَّيءَ لا يُنقَضُ بمِثله، بل[4] بما هو دونَه؛ لاتِّصال القَضاءِ بالأوَّل دونَ الثّاني.

---

(١) في (د): بواحدة.

(٢) في (ب): توقتا.

(٣) في (ج): بعد.

(٤) في (هـ): فكيف.

إلا أن يُوقِّتَ شهُودُ الثّانِي سابِقًا؛ لظُهور الخطأِ في الأوّل.

وكذا إذا كانت الْمَرأةُ في يَد الزَّوجِ، ونِكاحُه ظاهِرٌ: لا تُقبَلُ بَيِّنةُ الخارِجِ إلا على وَجه السَّبقِ؛ لِما مَرّ.

وفي الشِّراء منه: لِذِي القبضِ، وإلا لكلٍّ نِصفُه ببَدَله إن شاء.

عبدٌ في يَد رَجُل، ادَّعى رَجُلان كلُّ واحِدٍ منهما أنه اشتَرى العبدَ من صاحِب اليدِ ونَقَد الثَّمَنَ، ولم يُوقِّت واحِدٌ من البَيِّنتَين وقتًا: فكلُّ واحِدٍ منهما بالخِيار، إن شاء أخَذ نِصفَ العبدِ بنِصف الثَّمنِ الذي بيَّنَ شُهودُه، ورَجَع على البائِع بنِصف الثَّمَنِ، وإن شاء تَرَك وأخَذ كلَّ الثَّمنِ؛ لأن البَيِّنتَين قامتا على أمرٍ حادِثٍ، ولم يُعرَف سبقُ أحَدِهما، فيُجعَلُ كأنهما وَقَعا معًا، فيُحكَمُ بينَهما؛ لتَعذُّر إثباتِ مُوجَبِ الشِّراءِ لكلِّ واحِدٍ منهما على الكَمال.

وخُيِّرَ الْمُشتَرِيان في ذلك؛ لأنه ما رَضِي بالعَقد إلا ليَسلَمَ له كلُّ الْمَبيعِ، فإذا لم يَسلَم اختَلَّ رِضاه بتَفرُّق الصَّفْقةِ عليه، فيُخيَّرُ كلُّ واحِدٍ منهما.

فإن قِيل: قد تَيقَّن القاضِي بكَذِب أحدِ[1] الفَريقَين؛ لأن البَيعَين على عبدٍ واحِدٍ من رَجُلَين من كلِّ واحِدٍ منهما بكَماله لا يُتصوَّرُ في وقتٍ واحِدٍ، فيَنبَغي أن تَبطُلَ البَيِّنتان.

قُلنا: الشُّهودُ شَهِدوا بنَفس[2] البيعِ لا بصِحّته، ولم يَشهَدوا بوُقوع البَيعَين معًا، ويُتصوَّرُ بَيعان في وَقتَين من واحِدٍ لعَينٍ[3] واحِدةٍ، فكلُّ واحِدٍ منهما اعتَمَد سبَبًا[4] أطلَق

---

(١) سقطت من (ج) و(هـ).

(٢) في (أ): بتعيين.

(٣) في (د) و(هـ): بعين.

(٤) في (ب): شيئًا.

له الشَّهادةَ، فيَجِبُ العمَلُ بها[1] بحَسَب الإمكانِ.

ولأن البَيعَين يُتصوَّرُ وُقوعُهما في وقتٍ واحِدٍ من وَكيلَين، بأن وَكَّل رَجُلَين كلَّ واحِدٍ منهما على الانفِراد بأن يَبيعا دارَه، فباع كلُّ واحِدٍ منهما معًا من رَجُلٍ: فإنه يَجوزُ، وعقدُ الوَكيلِ كعَقد الْمُوكِّلِ، فثَبَت أنه لا يَستحيلُ وُرودُ البَيعَين في زَمانٍ واحِدٍ من رَجُلٍ واحِدٍ.

وبإِباء[2] أحَدِهما بعدَ القَضاءِ: لم يَأخُذ الآخَرُ كلَّه، وإن أرَّخا: فللسّابِق، وإلا فلذِي القبضِ[3].

فإن قَضى القاضِي بينَهما، فقال أحَدُهما: (لا أختارُ): لم يكن لأحَدهما أن يَأخُذَ جَميعَه؛ لأن القاضِيَ لَمّا قَضى بالْمَبيع بينَهما تَضمَّن قَضاؤُه فسْخَ العقدِ في حقِّ كلِّ واحِدٍ منهما في النِّصف، فلا يَعودُ إلا بتَجديد العقدِ.

فإن قِيل: الفسخُ إنما يَكونُ إن لو كان البيعُ مَوجودًا.

قُلنا: البيعُ إن كان مَوجودًا فظاهِرٌ، وإن لم يكن فلا يُتمكَّنُ من الأَخذ؛ وهذا لأن استِحقاقَ كلِّ واحِدٍ منهما للكلِّ ثابِتٌ نظَرًا إلى بيِّنته، وإنما لا يَظهَرُ في النِّصف: لوُجود بَيِّنةِ صاحِبِه، فكان دَليلُ استِحقاقِ الكلِّ قائِمًا، فيَنفسِخُ نظَرًا إلى الدَّليل.

---

(١) في (هـ): بهما.

(٢) الإباء: هو امتناع باختيار، وأبى الشيء: لم يرضه، وأبى عليه: امتنع، وهو غير الاستكبار.
وكل إباء امتناع بلا عكس، فإن الإباء شدة الامتناع، وإباء الشكيمة: مثل فيه؛ ويقال: أبى على فلان وتأبى عليه: إذا امتنع. «الكليات» ص٢٨.

(٣) قوله: (وإن أرخا فللسابق وإلا فلذي القبض) غير مثبت في (م) و(ن)، وفي (س): (وإلا فلا) بدل (وإلا فلذي القبض).

وهذا بخِلاف ما لو قال ذلك قبلَ تَخييرِ القاضِي؛ حيث يَكونُ للآخَر أن يَأخُذَ الجَميعَ؛ لأنه أثبَت شِراءَه في الكلّ.

وإنما كان القَضاءُ له بالنِّصف: لِمُزاحَمة صاحِبه معه، فإذا زالت الْمُزاحَمةُ يُقضى له بالكلّ، وهذا كالشَّفيعَين إذا سَلَّم أحَدُهما قبلَ قَضاءِ القاضِي لهما: يُقضى للآخَر بجَميع الدّارِ، ولو كان تَسليمُه بعدَ القَضاءِ لهما بالدّار لم يكن للآخَر إلا نِصفُ الدّارِ.

ولو ذَكَر كلُّ واحِدةٍ[1] من البيِّنتَين تَاريخًا: فهو للأوَّل منهما؛ لأنه أثبَت شِراءَه في وقتٍ لا يُنازِعُه الآخَرُ فيه، فاستَحقَّها من ذلك الوقتِ، فتَبيَّن أن الآخرَ اشتَراها من غَير المالِكِ، فكان شِراؤُه باطِلًا.

ولو وُقِّتت إحداهما وقتًا، ولم تُوقَّت الأُخرى: قُضِي به لصاحِب الوقتِ؛ لأنه ثَبَت له الْمِلكُ في ذلك الوقتِ، والذي لم يُوقِّت ثَبَت مِلكُه في الحال؛ لأن شِراءَه حادِثٌ، فيُضافُ حُدوثُه إلى أقرَب الأوقاتِ ما لم يُثبِت التّاريخَ، فكان شِراءُ الْمُوقِّتِ سابِقًا[2]، فكان أولى.

ولو لم يكن لواحِدٍ منهما تاريخٌ، والعبدُ في يَد أحَدِهما: فهو لذي اليدِ؛ لأنهما استَويا في الإثبات، فلا تُنقَضُ اليدُ الثّابتةُ بالشَّكّ، وبَيِّنةُ الخارِجِ إنما تَترجَّحُ إذا ادَّعيا مِلكًا مُطلَقًا، أما إذا ادَّعيا الْمِلكَ بسبَبٍ: فهما سِيّان[3].

ولأن تَمكُّنَه[4] من القَبض دَليلُ سبقِ شِرائِه؛ لأن القبضَ بِناءً على العَقد الثّابتِ

---

(١) في (ب) و(ج): واحد.

(٢) في (ب) و(ج): ثابتًا.

(٣) كذا في (د) و(هـ)، وفي (أ) و(ب): شيئان، وفي (ج): سببان. وانظر «الفتح» ٨/ ٢٥٣ فقد نقل النص عن «الكافي» هنا، كالذي أثبتّه.

(٤) في (ب) و(ج): ولا يمكنه.

بالبيِّنة ظاهِرًا؛ حملًا لِفعل الْمُسلِم على الصَّلاح، لا على الغَصب، وقبضُه اقترَن بعَقد الآخرِ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما حادِثٌ، فحُكِم بوُقوعهما معًا، فيَتقدَّمُ عقدُ صاحِبِ القبضِ ضَرورةً.

وكذا لو ذَكَر الآخرُ وقتًا لم يُنتفَع به؛ لأن القبضَ إذا وُجِد لم يُنقَض بالشَّكِّ، ووقتُ الآخَرِ مُحتمِلٌ، فلا تُنقَضُ اليدُ الثّابتةُ بيقينٍ.

إلا أن يَشهَدوا أن شِراءَه كان قبلَ شِراءِ ذي اليدِ، فحينَئذٍ يَكونُ الخارِجُ أَولى؛ لأن تَقدُّمَ عقدِه ثَبت بنصٍّ[1] من شُهوده، وتَقدُّمَ الآخرِ بنَوعِ دَلالةٍ، ولا عِبرةَ للدَّلالة في مُقابَلة الصَّريحِ.

والشِّراءُ أحَقُّ من الهِبة[2].

وإن ادَّعى أحَدُهما شِراءً، والآخَرُ هِبةً، وقَبَضا -ومَعناه من واحِدٍ-، وأَقاما بيِّنةً، ولا تاريخَ معهما: فالشِّراءُ أَولى؛ لأنه عقدُ ضَمانٍ يُوجِبُ الْمِلكَ في العِوَضين، والهِبةُ تَبرُّعٌ يُوجِبُ الاستِحقاقَ من جانِبٍ واحِدٍ، والبيِّناتُ تَترجَّحُ بكَثرة الإثباتِ.

ولأن الشِّراءَ يُوجِبُ الْمِلكَ بنَفسه، والهِبةَ لا تُوجِبُ الْمِلكَ إلا بالقَبض، فكان الْمِلكُ الْمُدَّعى سابِقًا فيه، فكان أَولى.

وكذا لو ادَّعى أحَدُهما الشِّراءَ والآخَرُ الصَّدَقةَ مع القبضِ: فالشِّراءُ أَولى؛ لِما بيَّنّا.

ولو أَقام أحَدُهما البيِّنةَ على الهِبة والقبضِ، والآخَرُ على الصَّدَقة والقَبضِ: قُضِي بينَهما نِصفَين؛ لاستِوائهما في التَّبرُّع والافتِقارِ إلى القَبض.

---

(١) في (ج): بيقين.

(٢) في (س): من الهبة والقبض.

ولا تَترجَّحُ الصَّدَقةُ على الهِبة باعتِبار مَعنى اللُّزومِ؛ لأن أثرَ[1] اللُّزومِ يَظهَرُ في إبطال حقِّ الرُّجوعِ، وذلك حُكمٌ يَظهَرُ في ثانِي الحالِ، والتَّرجيحُ إنما يَقَعُ بمَعنًى قائِمٍ في الحال لا بمَعنًى يَرجِعُ إلى الْمَآل.

ولأن الهِبةَ قد تكونُ لازِمةً، بأن وَقَعت لذي رَحِمٍ مَحرَمٍ، والصَّدَقةَ قد لا تكونُ لازِمةً، بأن وَقَعت لغنيٍّ، فاستَويا.

وهذا فيما لا يَحتمِلُ القِسمةَ ظاهِرٌ، وكذا فيما يَحتمِلُ القِسمةَ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما أثبَت استِحقاقَه في الكلّ، إلا أنه لأَجل الْمُزاحمةِ سَلِم له البعضُ، فكان الشُّيوعُ طارِئًا، وذا لا يُبطِلُ الهِبةَ والصَّدَقةَ.

لا من الْمَهر[2].

ولو ادَّعى رَجُلٌ الشِّراءَ من ذي اليدِ، وادَّعت امرَأةٌ أن ذا اليدِ تَزوَّجها عليه: استَويا، فيُقضى لكلِّ واحِدٍ منهم بالنِّصف، وهذا عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الشِّراءُ أَولى، فيُقضى به لصاحِب الشِّراءِ، وللمَرأة على الزَّوج القِيمةُ؛ لأن البَيِّناتِ حُجَجُ الشَّرعِ، فيَجِبُ العمَلُ بها ما أمكَن، وأمكَن العمَلُ هنا بالبَيِّنتَين بأن يُجعَلَ الشِّراءُ سابِقًا، فإنه لو تَزوَّج على عَبد الغيرِ صَحَّت التَّسميةُ، وتَجِبُ القِيمةُ عندَ تَعذُّرِ تَسليمِ عَينِه.

وله: أن كلَّ واحِدٍ منهما يُثبِتُ الْمِلكَ بنَفسه، فتَتحقَّقُ الْمُساواةُ بينَهما في الاستِحقاق، كما في دَعوى الشِّراءَين.

فإن قِيل: الشِّراءُ مُبادَلةُ مالٍ بمالٍ مُوجِبٍ للضَّمان في العِوَضَين، والنِّكاحُ مُبادَلةُ مالٍ بما ليس بمالٍ غيرِ مُوجِبٍ للضَّمان في الْمَنكوحة، فكان الشِّراءُ أقوى.

(١) في (ب): إبراء.

قُلنا: النِّكاحُ أقوى؛ لأن الْمِلكَ في الصَّداق يَثبُتُ بنفس العقدِ مُتأكِّدًا، حتى لا يَبطُلُ بالهَلاك قبلَ التَّسليم، بخِلاف الْمِلكِ في الْمُشترَى[1]، ويَجوزُ التَّصرُّفُ في الصَّداق قبلَ القبضِ، بخِلاف الْمُشترَى.

وفيما قال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ إثباتُ تَاريخٍ لم يَشهَد به الشُّهودُ، والتّاريخُ بينَ العَقدَين لا يَثبُتُ إلا بحُجّةٍ، فإذا قَضَينا بينَهما نِصفَين فقد استُحِقّ على الْمَرأة نِصفُ الصَّداقِ، فتَرجِعُ بقِيمة نِصفِه على الزُّجوع، واستُحِقَّ على الْمُشتَري نِصفُ الْمَبيعِ، فيَرجِعُ بنِصف الثَّمَنِ إن كان نَقَده.

والرَّهنُ(و) من الهِبة.

وإن ادَّعى أحَدُهما رهنًا وقبضًا، والآخَرُ هِبةً وقبضًا، وبَرْهَنا: فالرَّهنُ أَولى استِحسانًا، وفي القِياس: الهِبةُ أَولى؛ لأن الهِبةَ تُوجِبُ مِلكَ العَينِ، والرَّهنَ لا يُوجِبُ، فكان السَّببُ الْمُوجِبُ لِملك العَينِ أقوى.

وجهُ الاستِحسانِ: أن الرَّهنَ عقدُ ضَمانٍ، والهِبةَ عقدُ تبرُّعٍ، وعقدُ الضَّمانِ أَقوى من عَقد التَّبرُّعِ؛ وهذا لأنه يُثبِتُ البدَلَين الْمَرهونَ والدَّينَ، والهِبةَ لا تُثبِتُ إلا بدَلًا واحِدًا، فصار كالشِّراء مع الهِبةِ.

بخِلاف الهِبةِ بشَرط العِوَضِ؛ لأنه[2] بيعٌ انتِهاءً، والبيعُ أَقوى من الرَّهنِ؛ لأن البيعَ عقدُ ضَمانٍ يُثبِتُ الْمِلكَ صُورةً ومَعنًى، والرَّهنَ يُثبِتُه عندَ الهَلاكِ مَعنًى لا صُورةً، فكذا الهِبةُ بشَرط العِوَضِ.

رُجِّح السّابقُ إن وَقَّتا في مِلكٍ، وشِراءٍ، وإرثٍ(ر).

---

(١) في (ج): الشراء.

(٢) في (هـ): لأنها.

ورُجِّح السّابقُ إن وَقَّتا في مِلكٍ أو شِراءٍ أو إرثٍ.

اعلَم أن الرَّجُلَين إذا ادَّعيا عَينًا وبَرْهَنا.. فلا يَخلو إما أن يَدَّعيا مِلكًا مُطلَقًا، أو إرثًا، أو شِراءً.

وكلُّ قِسمٍ ثَلاثةُ أقسامٍ؛ لأنه إما أن يَكونَ الْمُدَّعى في يَد ثالِثٍ، أو في يَدهما، أو في يَد أحَدِهما.

وكلُّ وجهٍ على أربَعة أقسامٍ؛ لأنه إما إن لم يُؤَرِّخا[1]، أو أرَّخا تَاريخًا واحِدًا، أو أرَّخا وتَاريخُ أحَدِهما أسبَقُ، أو أرَّخ أحَدُهما دونَ الآخرِ.

وجُملةُ ذلك سِتّةٌ وثَلاثُون فصلًا.

أما إذا ادَّعيا مِلكًا مُطلَقًا، والعَينُ في يَد ثالِثٍ، ولم يُؤَرِّخا، أو أرَّخا تَاريخًا واحِدًا، وبَرْهَنا: يُقضى بينَهما نِصفَين؛ لاستِوائهما في الحُجّة.

وإن أرَّخا وتَاريخُ أحَدِهما أسبَقُ: يُقضى للأسبَق؛ لأنه أثبَت الْمِلكَ لنَفسه في زَمانٍ لا يُنازِعُه فيه غيرُه، فيُقضى بالْمِلك له، ثم لا يُقضى بعدَه لغَيره إلا إذا تَلقّى الْمِلكَ منه، ومن يُنازِعُه لا يَتلقّى الْمِلكَ منه، فلا يُقضى له به.

وإن أرَّخ أحَدُهما ولم يُؤرِّخ الآخرُ.. فعندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا عِبرةَ للتَّاريخ، ويُقضى بينَهما نِصفَين؛ لأن تَوقيتَ أحَدِهما لا يَدُلُّ على تَقدُّم مِلكِه؛ لأنه يَجوزُ أن يَكونَ الآخَرُ أقدَمَ منه، ويُحتمَلُ أن يَكونَ مُتأخِّرًا عنه، فجُعِل مُقارِنًا رِعايةً للاحتِمالَين.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: للذي أرَّخ؛ لأنه أثبَت لنَفسه الْمِلكَ في ذلك الوقتِ يَقينًا، ومن لم يُؤرِّخ يُثبِتُ للحال يَقينًا، وفي ثُبوته في وَقت تَاريخِ صاحِبِه شكٌّ، فلا يُعارِضُه.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُقضى لمن أطلَق؛ لأن دَعوى الْمِلكِ الْمُطلَقِ دَعوى الْمِلكِ

---

(١) في (ب) و(ج): إما أن يؤرخا. وانظر «البحر» ٧/ ٢٣٥.

من الأَصل، ودَعوى الْمُؤرِّخِ[1] يَقتصِرُ على وَقت التَّأريخِ، ولهذا يَرجعُ الباعةُ بعضُهم على بعضٍ، وتُستحَقُّ الزَّوائدُ الْمُتَّصِلةُ والْمُنفصِلةُ، فكان الْمُطلَقُ أسبَقَ تَأريخًا، فكان أَولى.

هذا إذا كان الْمُدَّعى في يَد ثالِثٍ، فإن كان في يَدهما فكذا الجَوابُ؛ لأنه لم يَترجَّح أحَدُهما على الآخر باليَد، ولم يَنحطَّ حالُه عن حال الآخرِ باليَد.

وإن كان في يَد أحَدِهما.. فإن أرَّخا تَأريخًا واحِدًا أو لم يُؤرِّخا: فهو للخارِج؛ لأن بَيِّنَته أكثرُ إثباتًا.

وإن أرَّخا وتَأريخُ أحَدِهما أسبَقُ: فهو لأسبَقِهما تَأريخًا؛ لِما مَرّ.

وعن محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه رَجَع عن هذا القولِ وقال: لا تُقبَلُ بَيِّنةُ ذي اليدِ على الوَقت ولا على غَيره؛ لأن البَيِّنتَين قامتا على مُطلَق الْمِلكِ، ولم تَتعرَّضا لجِهة الْمِلكِ، فاستَوى التَّقدُّمُ والتَّأخُّرُ، فيُقضى للخارِج.

ولهما: أن البَيِّنةَ مع التَّأريخِ تَتضمَّنُ مَعنى الدَّفعِ؛ فإن الْمِلكَ إذا ثَبت لشخصٍ في وقتٍ فثُبوتُه لغَيره بعدَه لا يَكونُ إلا بالتَّلقِّي منه، فصارت بَيِّنةُ ذي اليدِ بذِكر التَّأريخِ مُتضمِّنةً دَفْعَ بَيِّنةِ الخارِجِ، على مَعنى أنها لا تَصِحُّ إلا بعدَ إثباتِ التَّلقِّي من قِبَله، وبَيِّنتُه على الدَّفع مَقبولةٌ.

وعلى هذا: إذا كانت الدّارُ في أيدِيهما[2] فصاحِبُ الوقتِ الأوَّلِ أَولى عندَهما، وعندَه: يَكونُ بينَهما.

وإن أرَّخ أحَدُهما ولم يُؤرِّخ الآخرُ.. فعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُقضى للمُؤرِّخ؛

---

(١) في (هـ): الملك.

(٢) في (ب): في يد أحدهما.

لأن بيِّنته أقدمُ من المُطلق، كما لو ادَّعى رَجُلان شِراءً من واحِدٍ، وأُرِّخت بيِّنةُ أحدِهما دونَ صاحبِه: كان صاحِبُ التَّأريخِ أولى.

وعندَ أبي حنيفة ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: يُقضى للخارِجِ، ولا عِبرةَ للوَقت؛ لأن بيِّنةَ ذي اليدِ إنما تُقبَلُ إذا كانت مُتضمِّنةً معنى الدَّفعِ، وهنا وَقَع الاحتِمالُ في مَعنى الدَّفعِ؛ لوُقوعِ الشَّكِّ في وُجوب التَّلقِّي من جِهَته؛ لجَواز أن شُهودَ الخارِجِ لو وَقَّتوا لكان أقدَمَ، فإذا وَقَع الشَّكُّ في تَضمُّنه مَعنى الدَّفعِ: فلا يُقبَلُ مع الشَّكِّ والاحتِمالِ.

وإن ادَّعى كلُّ واحِدٍ منهما الإرثَ من أبيه.. فإن كان العَينُ في يَد ثالِثٍ، ولم يُؤرِّخا، أو أرَّخا تَاريخًا واحِدًا: فهو بينَهما نِصفان؛ لاستِوائهما في الحُجَّة، وإن أرَّخا وأحَدُهما أسبَقُ تَأريخًا: فهو لأسبَقِهما تَأريخًا عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ الآخِرِ، وكان أبو يوسف رَحِمَهُٱللَّهُ يَقولُ أوَّلًا يُقضَى به بينَهما نِصفَين في الإرث والْمِلكِ الْمُطلَقِ، ثم رَجَعَ إلى ما قُلنا.

وقال محمدٌ رَحِمَهُٱللَّهُ في رِواية أبي حفصٍ رَحِمَهُٱللَّهُ كما قاله أبو حنيفة رَحِمَهُٱللَّهُ، وقال في رِواية أبي سُليمانَ رَحِمَهُٱللَّهُ: لا عِبرةَ للتَّأريخ في الإرث، فيُقضى بينَهما نِصفَين وإن سَبَق التَّأريخُ أحَدَهما؛ لأنهما لا يَدَّعيان الْمِلكَ لأنفُسهما ابتِداءً، بل لِمُورِّثيهما[1]، ثم يَجُرّانه إلى أنفُسهما، ولا تَأريخَ لِملك الْمُورِّثَين، فصار كما لو حَضَر الْمُورِّثان وبَرْهَنا على الْمِلك الْمُطلَقِ، حتى لو كان لِملك الْمُورِّثَين تَأريخٌ يُقضى لأسبَقِهما[2].

وإن أرَّخ أحَدُهما ولم يُؤرِّخ الآخرُ: قُضِي بينَهما نِصفَين إجماعًا؛ لأنهما ادَّعيا تلقِّيَ الْمِلكِ من رَجُلَين، فلا عِبرةَ للتَّأريخ.

---

(١) في سوى (ب) و(هـ): لمورثهما.

(٢) في (ب) و(ج): لأنفسهما.

وقِيل: يُقضى للمُؤرِّخ عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

ولو كان العَينُ في أيدِيهما: فكذا الجَوابُ، وإن كان العَينُ في يَد أحَدِهما، ولم يُؤرِّخا، أو أرَّخا تَأريخًا واحِدًا: يُقضى للخارِج.

وإن أرَّخا وتَاريخُ أحَدِهما أسبَقُ: فهو لأسبَقهما تَأريخًا، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: للخارِج؛ لأنه لا عِبرةَ للتَّأريخ هنا.

وإن أرَّخ أحَدُهما ولم يُؤرِّخ الآخرُ: فهو للخارِج إجماعًا.

وقِيل: عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: للمُؤرِّخ.

وإن ادَّعيا الشِّراءَ من واحِدٍ ولم يُؤرِّخا، أو أرَّخا تَأريخًا: فهو بينَهما نِصفان؛ لاستِوائهما في الحُجّة.

وإن أرَّخا وأحَدُهما أسبَقُ تَأريخًا: يُقضى لأسبَقهما تَأريخًا اتِّفاقًا.

بخِلاف ما لو ادَّعيا الشِّراءَ من رَجُلَين؛ لأنهما يُثبِتان الْمِلكَ لبائِعهما، ولا تَأريخَ لِملك البائِعَين، فتَأريخُه لِمِلكه لا يُعتدُّ به، وصار كأنهما حَضَرا وأَقاما البَيِّنةَ على الْمِلك بلا تَأريخٍ، فيَكونُ بينَهما، أما هنا: فقد اتَّفقا على أن الْمِلكَ كان لهذا الرَّجُلِ، وإنما اختَلَفا في التَّلقِّي منه، وهذا الرَّجُلُ أثبَت التَّلقِّيَ لنَفسه في وقتٍ لا يُنازِعُه فيه صاحِبُه، فيُقضى له به، ثم لا يُقضى به لغَيره بعدَه إلا إذا تَلقَّى منه، وهو لا يَتلقَّى منه.

وإن أرَّخ أحَدُهما ولم يُؤرِّخ الآخرُ: فهو للمُؤرِّخ اتِّفاقًا؛ لأنه أثبَت شِراءَه لنَفسه في زَمانٍ لا يُنازِعُه فيه غيرُه، فيُقضى به له حتى يَتبيَّنَ تَقدُّمُ شِراءِ غيرِه عليه.

بخِلاف ما لو ادَّعيا الشِّراءَ من رَجُلَين، ووَقَّت أحَدُهما ولم يُوقِّت الآخرُ: فإنه يُقضى بينَهما نِصفَين؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما ثَمَّ خصمٌ عن بائِعه في إثبات الْمِلكِ له،

وتَوقيتُ أحَدِهما لا يَدُلُّ على سَبق مِلكِ بائِعِه، فلعل مِلكَ البائِعِ الآخرِ أسبَقُ، فلهذا قَضَينا[1] بينَهما.

وهنا اتَّفَقا على أن الْمِلكَ لبائِعٍ واحِدٍ، فحاجةُ كلٍّ واحِدٍ منهما[2] إلى إثبات سبَبِ الانتِقالِ إليه لا إلى إثبات الْمِلكِ للبائع، وسببُ الْمِلكِ في حقِّ من وَقَّت شُهودُه أسبَقُ، فكان هو بالْمُدَّعى أحقُّ.

وإن كان العَينُ في أيدِيهما فهو بينَهما، إلا إذا أرَّخا وتَأريخُ أحَدِهما أسبَقُ، فحينَئذٍ يُقضى لأسبَقِهما تَأريخًا، وإن كان في يَد أحَدِهما فهو لذي اليدِ، سَواءٌ أرَّخ أو لم يُؤرِّخ، إلا إذا أرَّخا وتَأريخُ الخارِجِ[3] أسبَقُ، فيُقضى به للخارِج.

ولو ادَّعى أحَدُهما الشِّراءَ من رَجُلٍ، والآخرُ الهِبةَ والقبضَ من غَيره، والثّالثُ الْمِيراثَ من أبِيه، والرّابعُ الصَّدَقةَ والقبضَ من آخرَ: قُضِي بينَهم أرباعًا؛ لأنهم يَتلقَّون الْمِلكَ من هؤلاء، فصار كما لو حَضَروا وبَرْهَنوا على الْمِلك الْمُطلَقِ، وثَمَّ يُقضى بينَهم أرباعًا، كذا هنا.

وذُو اليدِ[4] إن بَرْهَن مع الخارِجِ على النِّتاج.

وإن أقام الخارِجُ وذو اليدِ كلُّ واحِدٍ منهما بَيِّنةً على النِّتاج: فذو اليدِ أَولى؛ لأن دَعوى النِّتاجِ دَعوى أوَّليّةِ الْمِلكِ، وقد استَويا في أوَّليّة الْمِلكِ، فيَترجَّحُ صاحِبُ اليدِ باليَد؛ وهذا لأن يدَ ذي اليدِ لا تَدُلُّ على أوَّليّة الْمِلكِ، فهو يُثبِتُ ببيِّنته ما ليس بثابِتٍ له

(١) في (أ) و(هـ): قضيا.

(٢) في (د): منهما أسبق.

(٣) في (ج): أحدهما.

(٤) ذو اليد: هو الذي وضع يده على عين بالفعل، يعني القابض والمتصرف في الأملاك والأعيان. «التعريفات الفقهية» ص ١٠٠.

بظاهِر يدِه، فوَجب قبولُ بَيِّنتِه، ثم ترجَّح بيَده.

بخِلاف الْمِلكِ الْمُطلَقِ؛ لأن بَيِّنته لا تُثبِتُ إلا ما هو ثابتٌ بظاهِر يدِه.

وقال عِيسى بنُ أبانَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الطَّريقُ عِندي في النِّتاج تَهاتُرُ البيِّنتَين؛ لتيقُّن القاضِي بكَذِب أحَدِهما؛ إذ لا تَصوُّرَ لنِتاج دابّةٍ من دابتَين، فيُقضى بها لذي اليدِ قَضاءَ تركٍ؛ لتَهاتُر البيِّنتَين، فصار كأنهما لم يُقِيما البيِّنةَ، ولو لم يُقِيما البيِّنةَ يُقضى لذي اليدِ قَضاءَ تركٍ، حتى يُحلَّفُ ذو اليدِ للخارِج، كذا هنا.

وهذا ليس بصَحيحٍ، فقد ذَكَر في خارِجَين أَقام كلُّ واحِدٍ منهما البيِّنةَ على النِّتاج: أنه يُقضى بينَهما نِصفَين، ولو كان الطَّريقُ ما قال لكان يُترَكُ في يَد ذي اليدِ، فعُلِم أن القَضاءَ لذي اليدِ قَضاءُ استِحقاقٍ، حتى لا يُحلَّفُ ذو اليدِ للخارِج، كذا في «الذَّخيرة».

ولو أَقام الخارِجُ البيِّنةَ أنه عبدُه اشتَراه من فُلانٍ، وأنه وُلِد في مِلكه، وأَقام ذو اليدِ البيِّنةَ أنه عبدُه اشتَراه من فُلانٍ آخرَ، وأنه وُلِد في مِلك بائِعه: قُضِي به لذي اليدِ؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما خصمٌ في إثبات نِتاجِ بائِعه، كما هو خصمٌ في إثبات مِلكِ بائِعه، ولو حَضَر البائِعان وأَقاما البيِّنةَ على النِّتاج كان ذو اليدِ أَولى، فهذا مِثلُه.

ولو أَقام أحدُهما البيِّنةَ على الْمِلك، والآخرُ على النِّتاج: فصاحِبُ النِّتاجِ أحَقُّ، أيُّهما كان؛ لأن بَيِّنتَه قامت على أوَّليّة الْمِلكِ صَريحًا، فلا يَثبُتُ للآخر إلا بالتَّلقِّي منه، والآخرُ لم يَتلقَّ منه، وأوَّليّتُه ثَبتت دَلالةً، ولا عِبرةَ بها مع الصَّريح.

وكذا لو كان الدَّعوى بينَ خارِجَين فبَيِّنةُ النِّتاجِ أحَقُّ[1]؛ لِما بيَّنا.

ولو قُضِي بالنِّتاج لذي اليدِ، ثم أَقام ثالِثٌ البيِّنةَ على النِّتاج: يُقضى له، إلا أن يُعيدَ ذو اليدِ البيِّنةَ على النِّتاج؛ لأن بَيِّنةَ ذي اليدِ ما قامت على هذا الْمُدَّعي، وإنما قامت على

(١) في (ج): أولى.

الأوَّل، فلم يَصِر الثّالثُ مَقضيًّا عليه بتلك القضِيّةِ.

وكذا لو ادَّعى ذو اليدِ والخارجُ الْمِلكَ الْمُطلَقَ، وبَرْهَنا، وقُضِي على ذي اليدِ بالْمِلك.

ثم إن ذا اليدِ الْمَقضيَّ عليه لو أَقام البيِّنَةَ على النِّتاج تُقبَلُ، ويَنتقِضُ به القَضاءُ الأوَّلُ؛ لأنه بمَنزِلة نصٍّ نَزَل[1]، بخِلاف الاجتِهادِ؛ فيُنقَضُ الاجتِهادُ به، كذا هنا.

وهذا لأنه ظَهَر أنه قُضِي للمُدَّعي بمُطلَق الْمِلكِ مع بيِّنةِ ذي اليدِ أنها نُتِجت عندَه، والقَضاءُ للمُدَّعي في هذه الحالةِ باطِلٌ، فيَنتقِضُ قَضاؤُه، كما لو ظَهَر نصٌّ بخِلافه.

وسَبَبٍ لا يَتكرَّرُ.

وكلُّ سبَبٍ في الْمِلك لا يتكرَّرُ فهو في مَعنى النِّتاجِ؛ لأنه دَعوى أوَّليّةِ الْمِلكِ، وذلك كالنَّسْج في الثِّياب التي لا تُنسَجُ إلا مرّةً واحِدةً، كنَسج الثِّيابِ القُطنيّةِ، وغَزْلِ القُطنِ، وحَلْبِ اللَّبَنِ، واتِّخاذِ الجُبُنِّ، واللِّبْدِ، والْمِرعِزّى، وجزِّ الصُّوفِ.

وإن كان سببًا[2] يَتكرَّرُ لا يَكونُ في مَعنى النِّتاجِ فيُقضى به للخارِج بمَنزِلة الْمِلكِ الْمُطلَقِ، وهو مِثلُ الخزِّ[3]، والبِناءِ، والغَرسِ، وزِراعةِ الحِنطةِ والحُبوبِ.

فإن أشكَل: يُرجَعُ إلى أَهل الخِبرةِ؛ لأنهم أعرَفُ به، وقد قال اللهُ تَعالى: ﴿فَسۡـَٔلُوٓاْ أَهۡلَ ٱلذِّكۡرِ إِن كُنتُمۡ لَا تَعۡلَمُونَ﴾ [النّحل: ٤٣].

فإن أشكَل عليهم: قُضِي به للخارِج؛ لأن القَضاءَ ببيِّنة الخارِجِ هو الأصلُ، وإنما

---

(١) في (ج): ترك.

(٢) في (ب): شيئًا.

(٣) في (ج): الجز، وفي باقي النسخ غير منقوطة، والمثبت موافق لـ «الهداية» ٣/ ١٧٠ وشروحها و«التبيين» ٤/ ٣٢١، وفي «الدرر» ٢/ ٣٤٧ و«البحر» ٧/ ٢٤٤: الجز.

قلت: والجز هنا خطأ، لأنه مثال لما لا يتكرر، وسيأتي تقريره قريبًا.

عَدَلنا عن الأَصل بخَبَر النِّتاجِ، وهو ما رُوِي أن رَجُلًا ادَّعى ناقةً في يَد رَجُلٍ، فأَقام البيِّنَةَ أنها ناقتُه نُتِجها، وأَقام ذو اليدِ البيِّنَةَ أنها ناقتُه نُتِجها، فقَضى رَسولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للذي هي في يَده[1].

فإذا لم يُعلَم يُرجَعُ إلى الأَصل.

فإذا ثَبَت هذا فنَقولُ: إذا أَقام خارِجٌ البيِّنَةَ أن هذا ثوبُه نَسَجه، وأَقام ذو اليدِ البيِّنَةَ على مِثل ذلك.. فإن كان يُعلَمُ أن مِثلَ هذا لا يُنسَجُ إلا مرّةً واحِدةً: فهو لذي اليدِ، وإن كان يُعلَمُ أنه يُنسَجُ مرّةً بعدَ مرّةً: فهو للخارِج، كالخَزّ، فإنه يُنسَجُ، ثم يُنكَثُ فيُغزَلُ ويُنسَجُ ثانِيًا.

وإن كان مُشكِلًا لا يَستبينُ أنه يُنسَجُ مرّةً أو مرّتَين: قُضِي به للمُدَّعي.

وإذا اختَلَفا في الصُّوف، فأَقام كلُّ واحِدٍ منهما البيِّنَةَ أنه صُوفُه جَزَّه من غَنَمه: فإنه يُقضى به لذي اليدِ؛ لأن الجزَّ لا يَكونُ إلا مرّةً واحِدةً، وكذا الْمِرعِزّى[2]، فكان هذا في مَعنى النِّتاج.

فإن قِيل: كيف يَكونُ الجزُّ في مَعنى النِّتاجِ وهو ليس بسبَبٍ لأَوَّلِيةِ الْمِلكِ؟! فإن الصُّوفَ على ظَهر الشّاةِ كان مَملوكًا له قبلَ الجزِّ.

قُلنا: نعم، ولكنه كان كوَصف الشّاةِ، ولم يكن مالًا مَقصودًا إلا بعدَ الجزِّ، ولهذا

---

(١) رواه الإمام أبو حنيفة في «مسنده» -بترتيب الحصكفي- ص(٢٢٢).

وروى عبد الرزاق (١٥٢٠٦) والبيهقي (٢١٢٢٦) عن شريح قال: اختصم إليه رجلان في فرس ادعياها جميعًا، وهي في يد أحدهما، فأقام كل واحد منهما بينة أنه نتجها، فقال شريح: الناتج أحق من العارف، وجعلها للذي هي في يديه، وقال: إن هؤلاء لم يزالوا يرونها في يديه، وهؤلاء عرفوها بزعمهم.

(٢) الْمِرْعِزّى: كالصوف يخلص من بين شعر العنز، وهو الزغب تحت شعر العنز. انظر «لسان العرب» ٥/ ٣٥٤-٣٥٥، نقلًا عن الجوهري..

لا يَجوزُ[1] بيعُه، وما تنازَعا فيه مالٌ مَقصودٌ.

وإذا تَنازَعا في نَصل سيفٍ، فأَقام كلُّ واحِدٍ منهما البيِّنَةَ أنه سيفُه ضَرَبه: فإنه يُسألُ أهلُ العِلمِ بذلك من الصَّياقِلة، فإن قالُوا: لا يُضرَبُ إلا مرّةً واحِدةً: يُقضى به لذي اليدِ، وإن قالُوا: يُضرَبُ مِثلُه مرّتين، أو أشكَل عليهم فلم يَعرِفوا: يُقضى به للمُدَّعي.

وإن كانت الدَّعوى في غَزْلٍ بينَ امرأتَين: يُقضى به للتي هو في يَدها؛ لأن القُطنَ لا يُغزَلُ إلا مرّةً، فكان هذا في مَعنى النِّتاجِ؛ إذ النِّتاجُ سببٌ لأَوَّليّة الْمِلكِ في الدّابّة، والغزلُ سببٌ[2] لأَوَّليّة الْمِلكِ في الْمَغزول.

وإذا كانت الأرضُ والنَّخيلُ في يَد رَجُلٍ، فأَقام الآخرُ البيِّنةَ أنه[3] أرضُه ونخلُه، وأنه غَرَس هذا النَّخلَ فيها، وأَقام ذو اليدِ البيِّنةَ على مِثل ذلك: يُقضى بها للمُدَّعي.

وكذا الكَرْمُ والشَّجَرُ؛ لأن أصلَ الْمُنازَعةِ في مِلك الأرضِ، فالنَّخلُ تَبَعٌ للأَرض، حتى يَدخُلُ في بَيع الأرضِ بلا ذِكرٍ، وليس لواحِدٍ منهما في الأَرض مَعنى النِّتاجِ.

ولأن النَّخلَ يُغرَسُ غيرَ مرّةٍ، فقد يَغرِسُ التّالةَ[4] إنسانٌ، ثم يَقلَعَها غيرُه وغَرَسها، فلم يكن في مَعنى النِّتاجِ.

وإن كانت الدَّعوى في حِنطةٍ، فأَقام كلُّ واحِدٍ منهما البيِّنةَ أنها حِنطتُه زَرَعها في أرضه: قُضِي بها للمُدَّعي؛ لأن الزَّرعَ قد يَكونُ غيرَ مرّةٍ، فإن الحِنطةَ قد تُزرَعُ في الأَرض، ثم يُغربَلُ التُّرابُ فتُميَّزُ الحِنطةُ منها، ثم تُزرَعُ ثانيةً، فلم يكن في مَعنى النِّتاجِ.

---

(١) في (د) و(هـ): ولهذا يجوز.

(٢) في (هـ): يثبت.

(٣) في (هـ): أنها.

(٤) التالة: الفسيلة، وهي ما يغرس. «الطلبة» ص٩٨.

وكذا كلُّ ما يُزرَعُ مما يُكالُ أو يُوزَنُ.

وإذا تنازَعا في جُبْنٍ، فأَقام الخارِجُ وذو اليدِ كلُّ واحِدٍ منهما أنه جُبْنُه صَنَعه في مِلكه: فهو لذي اليدِ؛ لأن الجُبْنَ لا يُصنَعُ إلا مرّةً، وهو سببٌ لأوّليّة الْمِلكِ، كالنِّتاج.

وكذا إذا أَقام كلُّ واحِدٍ منهما البيِّنةَ أن اللَّبَنَ حُلِب في يَده ومِلكِه: قُضِي لذي اليدِ: لأن الدَّعوى وَقَعت في أوّليّة الْمِلكِ، فيُقضى لذي اليدِ.

أو الخارِجُ على الْمِلك، وهو على الشِّراء منه.

وإن أَقام الخارِجُ البيِّنةَ على الْمِلك، وذو اليدِ بيِّنةً على الشِّراء منه: فذو اليدِ أَولى؛ لأن الخارِجَ إن ادَّعى أوّليّةَ الْمِلكِ فذو اليدِ يَدَّعي انتِقالَ الْمِلكِ من جِهَته، ولا تَنافي[1] في هذا، فصار كما لو أَقرَّ ذو اليدِ بالْمِلك للخارِج، ثم ادَّعى أنه اشتَراه منه، وأَقام البيِّنةَ.

والخارِجُ(م) إن بَرْهَن على القَضاء له بالشَّهادة، وهو على النِّتاج.

ولو أَقام الخارِجُ البيِّنةَ أن فُلانًا القاضِيَ قَضى له بهذه الأمةِ بشَهادة الشُّهودِ أنها له، وأَقام ذو اليدِ البيِّنةَ على النِّتاج.. فعندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: يُقضى بها للخارِج؛ لأن القَضاءَ قد صَحَّ ظاهِرًا، فلا يُنقَضُ ما لم يَظهَر خطَؤُه بيَقينٍ، ولم يَظهَر؛ لأن شَهادةَ الشُّهودِ أنها له يُحتمَلُ أنها له اشتَراها من ذي اليدِ، ولكنهم تَركوا هذه الزِّيادةَ، فصار كما لو شَهِدوا أنه قُضِي له ولم يَزيدُوا على ذلك.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: يُقضى بها لذي اليدِ؛ لأن شُهودَ الخارِجِ أثبَتوا الْمِلكَ للخارِج بسبَبٍ أظهَروه، وهو القَضاءُ بشَهادة الشُّهودِ أنها له، فلا يُزادُ عليه، وصار كما لو شَهِدوا على إقرار القاضِي بأنه قَضى له بشَهادة الشُّهودِ.

---

(1) في (ب): ولا يتنافى.

وإن بَرْهَن كلٌّ على الشِّراء من الآخَر بلا تأريخ: سَقَطا(م)، وإن شَهِدا بالقَبض معه.

دارٌ في يَد رَجُلٍ ادَّعى خارِجٌ أنه اشتَراها من ذي اليدِ، وادَّعى ذو اليدِ أنه اشتَراها من الخارِج، وأَقاما البيِّنةَ، ولا تاريخَ معهما: تَهاتَرت البيِّنتان، سَواءٌ شَهِدوا بالقَبض أو لم يَشهَدوا، وتُترك الدّارُ في يَد ذي اليدِ بغَير قَضاءٍ، وهذا عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ: يُقضى بالبيِّنتَين، ويُقضى بها لذي اليدِ إن ذَكَروا القبضَ[1]؛ لأن البيِّناتِ حُجَجُ الشَّرعِ، فيَجِبُ العمَلُ بها ما أمكَن، وقد أمكَن؛ لأنهما أثبَتا العَقدَين[2] والقَبضَين، فيُجعَلُ كأن ذا اليدِ باعها وسَلَّمها، ثم الخارِجَ باعها وسَلَّمها.

وإن لم يَذكُروا القبضَ: يُقضى بها للخارِج؛ لأنهما ما أثبَتا القبضَ بالشَّهادة، وقد ثَبَت القبضُ عِيانًا، وهي دَلالةُ السَّبقِ، فجَعَلنا ذا اليدِ مُشتريًا لها من الخارِج أوَّلًا، وقد قَبَضها ثم باعها من الخارِج، فيُؤمَرُ بتَسليمها إليه.

ولا يَنعكِسُ؛ لأنّا لو جَعَلنا شِراءَ الخارِجِ أوَّلًا لم يَصِحَّ بيعُه؛ لأن البيعَ قبلَ القبضِ لا يَصِحُّ، وإن كان في العَقار عندَ محمدٍ رَحِمَهُٱللَّهُ، ولئن أثبَتُّم القبضَ حتى يَصِحَّ فنَقولُ: ذا زِيادةٌ على ما قامت به البيِّنةُ، فلا يَجوزُ.

ولهما: أن البيِّنتَين تَعارَضتا، والتَّنافِيَ مُتحقِّقٌ بينَ مُوجَبَيهما، فتَعيَّن التَّهاتُرُ؛ إذ لا يُمكِنُ أن يُجعَلَ كلُّ واحِدٍ منهما بائِعًا ومُشتريًا في ساعةٍ واحِدةٍ، ولا دَلالةَ على السَّبق، ولا رُجحانَ لإحداهما على الأُخرى.

ولأن الإقدامَ على الشِّراء إقرارٌ منه بالمِلك للبائِع، فصار كأن كلَّ واحِدٍ منهما أقام

(١) في (ب): العقد.

(٢) في (ج): العقد.

البيِّنةَ على إقرار صاحِبه بالْمِلك له، ولو كان كذلك يتهاتَر الإقراران جَميعًا.

ثم لو شَهِد البيِّنتان على نَقد الثَّمَنِ تَقَعُ الْمُقاصّةُ عندَهما؛ لأنه لَمّا لم يُقضَ بالعَقدَين عندهما بَقِي قبضٌ مَضمونٌ للثَّمَن من كلِّ جانِبٍ، فيَجِبُ على كلِّ واحِدٍ منهما ردُّ الْمَقبوضِ إن كان قائِمًا، وإن كان هالِكًا تَقَعُ الْمُقاصّةُ.

وإن لم يَشهَدوا على نَقد الثَّمَنِ فالقِصاصُ مَذهَبُ[1] محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لوُجوب الثَّمَنِ عندَه.

ثم ذَكَر في «الهِداية»: ولو شَهِد الفَريقان بالبَيع والقبضِ[2]: تَهاتَرا بالإجماع؛ لأن الجمعَ غيرُ مُمكِنٍ عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لجَواز كلِّ واحِدٍ من البَيعَين.

وهذا يُخالِفُ[3] ما ذَكَرنا أوَّلًا من «الْمَبسوط» و«الجامِعِ الكَبيرِ» وغيرِهما.

وهذا إذ لم يُوقِّتا، فإن وُقِّتت البيِّنتان وَقتَين.. فإن كان وقتُ الخارِجِ سابِقًا، ولم يَشهَد الشُّهودُ بالقَبض: قُضِي بها لذي اليدِ عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ؛ لأن شِراءَه ثَبَت سابِقًا، ثم اشترَى منه ذو اليدِ قبلَ التَّسليمِ، وبيعُ العَقارِ قبلَ القبضِ جائزٌ عندَهما، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُقضى بها للخارِجِ؛ لأنه لا يُجوِّزُ بيعَ العَقارِ قبلَ القبضِ.

وإن شَهِدوا بالقَبض: يُقضى بها لذي اليدِ عندَهم؛ لأن الخارِجَ باعها من بائِعه بعدَما قَبَضها، فكان بيعَ الْمَبيعِ بعدَ القبضِ.

وإن كان وقتُ ذي اليدِ سابِقًا يُقضى بها للخارِجِ، سَواءٌ شَهِدوا بالقَبض أو لم يَشهَدوا، فيُجعَلُ كأن ذا اليدِ اشترَى أوَّلًا على ما شَهِد به شُهودُه، ثم باع من الخارِج

---

(١) في (ب) و(ج): من مذهب.

(٢) في (هـ): أو القبض. وانظر «الهداية» ٣/ ١٧١.

(٣) في (ج) و(هـ): بخلاف.

ولم يُسلِّم إليه، أو سَلَّم إليه ثم عاد إلى ذي اليدِ بوجهٍ آخرَ، فيُؤمَرُ بالتَّسليم إليه.

دارٌ في يَد زيدٍ، بَرْهَن عُمَرُ على البَيع من بَكرٍ بألفٍ، وبَكرٌ عليه من عُمَرَ بمِائة دِينارٍ، وجَحَد زيدٌ: قُضِي بينَهما بلا شيءٍ(م).

دارٌ في يَد زيدٍ، بَرْهَن عمرٌو على أنه باعها من بكرٍ بألفٍ، وبَرْهَن بكرٌ على أنه باعها من عمرٍو بمِائة دِينارٍ، وجَحَد زيدٌ ذلك كلَّه: قُضِي بالدّار بينَ الْمُدَّعيَين، ولا يُقضى بشيءٍ من الثَّمَنَين؛ لأنه تَعذَّر القَضاءُ بالبَيع؛ لجَهالة التَّأريخِ، ولم يَتعذَّر القَضاءُ بالْمِلك.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُقضى بها بينَهما، ولكلِّ واحِدٍ منهما[1] بنِصف[2] الثَّمنِ على صاحِبِه؛ لأنه لم يَسلَم لكلِّ واحِدٍ إلا نِصفُ الْمَبيعِ.

ولو ادَّعَت شِراءَها من عُمَرَ، وعُمَرُ منها، وزيدٌ من عُمَرَ: قُضِي له، وكذا لو في يَد عُمَرَ، ولو في يَدها: بَطَلت البيِّناتُ[3].

ولو ادَّعت امرَأةٌ شِراءَ الدّارِ من عمرٍو بألفٍ، وعمرٌو ادَّعى أنه اشتَراها منها بألفٍ، وزيدٌ -وهو ذو اليدِ- يَدَّعي أنها له اشتَراها من عمرٍو بألفٍ، وأقاموا البيِّنةَ: قُضِي لذي اليدِ؛ لتَعارُض بيِّنتَي غيرِه، فبَقِيت بيِّنتُه بلا مُعارِضٍ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُقضى بالدّار لذي اليدِ بألفٍ عليه للخارِج، ويُقضى لها على الخارِج بألفٍ؛ لأن ذا اليدِ والْمَرأةَ ادَّعيا التَّلقِّيَ من الخارِج، فيُجعَلُ كأنها في يَده، وكذا لو كانت في يَد عمرٍو، ولو كانت في يَدها: بَطَلت البيِّنتان.

ولا تَرجُّحَ بزِيادة عَدَدٍ(ز)، وعَدالةٍ(ك).

(١) مثبتة من (ب).

(٢) في (هـ): نصف.

(٣) في (ع): البينتان.

ولا تَرجُّحَ بزيادة عدَدٍ وعَدالةٍ، حتى لو أقام أحدُ الْمُدَّعيين شاهِدَين، والآخرُ أربَعةً: فهما سَواءٌ.

وعندَ الأوزاعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُقضى لأكثَرهما عدَدًا؛ لأن القلبَ إلى قَول الأكثَرِ أميَلُ.

وعندَ مالِكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُقضى بأعدَل البيِّنتَين؛ لأن الشَّهادةَ إنما صارت حُجّةً بالعَدالة، فالأعدَلُ في كَونه حُجّةً أقوى، فكان أولى.

ولنا[1]: أن التَّرجيحَ لا يَقَعُ بكَثرة العِلَلِ، حتى لا يَترجَّحُ القِياسُ بقِياسٍ آخَرَ، ولا الحَديثُ بحَديثٍ آخرَ، وشَهادةُ كلِّ شاهِدَين عِلّةٌ تامّةٌ، فلا تَصلُحُ للتَّرجيح، والعَدالةُ ليست بذي حدٍّ، فلا يَقَعُ التَّرجيحُ بها.

وقُمُطِ(س م)[2]، ووجهِ(س م) حائِطٍ.

وقُمُطٍ ووجهِ حائِطٍ، حتى لو كان خُصٌّ[3] بينَ دارَين، وادَّعى كلُّ واحِدٍ من صاحِبَي الدّارَين، والقُمُطُ إلى أحَدهما، أو اختلَفا في حائِطٍ، ووجهُه إلى أحَدهما: فهو بينَهما عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لاستِوائهما في الدَّعوى واليدِ.

وعندَهما: يُقضى به لمن إليه القُمُطُ ووجهُ الحائِطِ بدَلالة الظّاهِرِ والعادةِ.

قُلنا: العادةُ مُشترَكةٌ، فقد يَقومُ السِّنادُ من ذلك الجانِبِ، وقد يَحسُنُ وجهُ الحائِطِ إلى مَرأى النّاسِ.

---

(١) في (ب): قلنا إن.

(٢) أي ولا يقع الترجيح بالقمط، وهي: الشُّرُط، جمع شريط، وهو: ما يعمل من ليف وخوص، وقيل: القمط الخشب التي تكون على ظاهر الخص أو باطنه، يشد إليها حرادي القصب أو رؤوسه. «المصباح» ٢/ ٥١٦.

(٣) في (ج) و(د): حصن، وفي (هـ): جص.

دارٌ في يَده، ادَّعى رَجُلٌ نِصفَها، وآخَرُ كلَّها، وبَرْهَنا: فللأوَّل رُبُعُها(س م)، والباقِي للآخَر، ولو في يَدَيهما: فللثّاني.

دارٌ في يَد رَجُلٍ، ادَّعى رَجُلٌ نِصفَها، وادَّعى آخرُ كلَّها، وبَرْهَنا على ذلك.. فعندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: تُقسَمُ الدّارُ بينَ الْمُدَّعِيَين على الْمُنازَعة أرباعًا، رُبُعُهما لِمُدَّعي النِّصفِ، وثَلاثةُ أرباعِها لِمُدَّعي الكلِّ؛ لأن مُدَّعِيَ النِّصفِ لا مُنازَعةَ له فيما وَراءَ النِّصفِ، فيَسلَمُ النِّصفُ لِمُدَّعي الكلِّ بلا مُنازَعةٍ، واستَوت مُنازَعتُهما في النِّصف الآخرِ، فيَتنصَّفُ بينَهما، فتُجعَلُ الدّارُ على أربَعةٍ؛ لحَاجتنا إلى حِسابٍ له نِصفٌ، ولِنِصفه نِصفٌ، وأقَلُّه أربَعةٌ.

وعندَهما: تُقسَمُ بينَهما أثلاثًا على طَريق العَولِ والْمُضارَبةِ، فيَضرِبُ صاحِبُ الكلِّ بكلِّ حقِّه سَهمَين؛ إذ الدّارُ جُعِلت سَهمَين؛ لحَاجتنا إلى النِّصف، وصاحِبُ النِّصفُ بسَهمٍ، فيَصيرُ بينَهما(١) أثلاثًا، ثُلُثاها لِمُدَّعي الكلِّ، وثُلُثُها لِمُدَّعي النِّصفِ.

ولهذه الْمَسألةُ نَظائِرُ وأضدادٌ، فمن نَظائِرها: الْمُوصَى له بكلِّ المالِ، وبِنِصفه لآخَرَ(٢).. عندَ إجازةِ الوَرَثةِ، والْمُوصَى له بعَينٍ مع الْمُوصَى له بنِصف ذلك، إذا لم يكن للمَيْت مالٌ سِواه.

ومن أَضدادها: العبدُ الْمَأذونُ الْمُشترَكُ إذا أَدانه أحدُ الْمَولَيين مِائةَ دِرهَمٍ، وأجنبيٌّ مِائةً، وبِيع بمِائةٍ: فالقِسمةُ بينَ الْمَولى الْمُدِينِ والأجنبيِّ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ بطَريق العَولِ أثلاثًا، وعندَهما: بطَريق الْمُنازَعةِ أرباعًا.

وكذا الْمُدبَّرُ إذا قَتَل رَجُلًا خطأً، وفَقَأ عَينَ آخرَ، وغَرِم الْمَولى قِيمتَه لهما.

---

(١) في (أ) و(هـ): بينهم.

(٢) مثبتة من (هـ).

وسيَجيءُ في كِتاب الدِّياتِ نَظائِرُها وأضدادُها على الاستِقصاء[1] مع الأُصولِ إن شاء اللهُ تَعالى.

ولو كانت الدّارُ في أيدِيهما، وبَرْهَنا: فالدّارُ كلُّها لصاحِب الجَميعِ، نِصفُها على وَجه القَضاءِ، ونِصفُها لا على وَجه القَضاءِ؛ لأن دَعوى مُدَّعي النِّصفِ[2] مُنصرِفةٌ إلى ما في يَده لتكونَ يدُه يدًا مُحِقّةً في حقِّه؛ لأن حملَ أُمورِ الْمُسلِمين على الصِّحّة واجِبٌ، فمُدَّعي النِّصفِ لا يَدَّعي شيئًا مما في يَد صاحِبِ الجَميعِ؛ لأن مُدَّعاه النِّصفُ، وهو في يَده، فسَلِم النِّصفُ لِمُدَّعي الجَميعِ بلا مُنازَعةٍ، فبَقِي في يَده لا على طَريق القَضاءِ؛ إذ لا قَضاءَ بلا دَعوى، واجتَمَع بَيِّنةُ الخارِجِ وبَيِّنةُ ذي اليدِ فيما في يَد صاحِبِ النِّصفِ، فبَيِّنةُ الخارِجِ أَولى بالقَبول.

ولو ادَّعى آخَرُ ثُلُثَيها: فللأَوَّل ثُمُنُها(س م)، ثم خَمسةُ أثمانِها(س م)، ثم رُبُعُها(س م).

ولو كانت الدّارُ في يَد ثَلاثةٍ، فادَّعى الكامِلُ كلَّها، واللَّيثُ ثُلُثَيها، والنَّصرُ[3] نِصفَها، وفي يَد كلِّ واحِدٍ ثُلُثُها، وأَقاموا البَيِّنةَ: قُسِمت بينَهم بطَريق الْمُنازَعةِ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

ووجهُ ذلك: أنّا نَجعَلُ الدّارَ على سِتّةٍ، لحَاجتنا إلى الثُّلُثَين والنِّصفِ، وأقَلُّ مَخرَجِه سِتّةٌ، في يَد كلِّ واحِدٍ سَهمان، ثم يُجمَعُ بينَ دَعوى الكامِلِ واللَّيثِ على ما في يَد النَّصرِ، فالكامِلُ يَدَّعي كلَّه، واللَّيثُ يَدَّعي نِصفَه؛ لأنه يَقولُ: (حقِّي في الثُّلُثَين، وسَلِم لي الثُّلُثُ، وبَقِي لي ثُلُثٌ آخرُ، نِصفُه في يَد الكامِلِ، ونِصفُه في يَد النَّصرِ)، فالنّصفُ

---

(١) في (ج): الاستيفاء.

(٢) في (أ): لأن دعوى كل واحد منهما، وفي (هـ): لأن الدعوى كل واحد منهما.

(٣) في (ج): والنضر. وكذا في كل ما يأتي.

للكامِلِ بلا نِزاعٍ، وذا سهمٌ، والنِّصفُ الآخرُ بينَهما أنصافًا، فيُضرَبُ مَخرَجُ النِّصفِ -وهو اثنان- في سِتّةٍ، فصار اثنَي عشَرَ، ثم يُجمَعُ بينَ دَعوى الكامِلِ والنَّصرِ على ما في يَد اللَّيثِ -وهو أربَعةٌ-..

فالكامِلُ يَدَّعي كلَّه، والنَّصرُ رُبُعَه؛ لأنه يَقولُ: (حقِّي في النِّصف سِتّةٌ، والثُّلُثُ في يَدي)، وقد بَقِي سُدُسُ الدّارِ سَهمان، سهمٌ في يَد اللَّيثِ، وسهمٌ في يَد الكامِلِ، فسَلِمت ثَلاثةٌ للكامِلِ، وتَنازَعا في سهمٍ، فانكَسَر، فضُعِّف أصلُ الحِسابِ، فصارت الدّارُ أربَعةً وعِشرين، في يَد كلِّ واحِدٍ ثَمانيةٌ، فيُجمَعُ بينَ دَعوى الكامِلِ واللَّيثِ على الثَّمانية التي في يَد النَّصرِ، فأربَعةٌ سَلِمت للكامِلِ بلا نِزاعٍ، والأربَعةُ الأُخرى بينَهما نِصفان؛ لاستِوائهما في النِّزاع، فحَصَل للكامِلِ سِتّةٌ، ولِلَّيث سَهمان.

ثم يُجمَعُ بينَ دَعوى الكامِلِ والنَّصرِ فيما في يَد اللَّيثِ، فالنَّصرُ يَدَّعي رُبُعَ ما في يَده سَهمَين، فسَلِمت سِتّةٌ للكامِلِ، واستَوت مُنازَعتُهما في سَهمَين، فصار لكلِّ واحِدٍ سهمٌ، فحَصَل للكامِلِ سَبعةٌ، وللنَّصر سهمٌ، ثم يُجمَعُ بينَ دَعوى النَّصرِ واللَّيثِ على ما في يَد الكامِلِ، فاللَّيثُ يَدَّعي نِصفَ ما في يَده، والنَّصرُ يَدَّعي رُبُعَ ما في يَده، وفي المال سَعةٌ، فيَأخُذُ اللَّيثُ أربَعةً، والنَّصرُ سَهمَين، وبَقِي في يَد الكامِلِ سَهمان، فحَصَل للنَّصر مما في يَد اللَّيثِ سهمٌ، ومما في يَد الكامِلِ سَهمان، وذا ثَلاثةٌ ثُمُنُ[1] الدّارِ، وحَصَل للكامِلِ مما في يَد النَّصرِ سِتّةٌ، ومما في يَد اللَّيثِ سَبعةٌ، ومما في يَده سَهمان، فجَميعُه خَمسةَ عشَرَ، وهي خَمسةُ أثمانِ الدّارِ، وحَصَل لِلَّيث مما في يَد النَّصر سَهمان، ومما في يَد الكامِلِ أربَعةٌ، وذا سِتّةٌ رُبُعُ الدّارِ[2].

---

(١) في (هـ): أثمان.

(٢) العبارة في (ب): ومما في يد الكامل سهمان، وذا ثلاثة ثمن خمسة عشر، وهي خمسة أثمان=

وعندَهما: تُقسَمُ بطَريق العَولِ، فيُجمَعُ بينَ دَعوى الكامِلِ واللَّيثِ على ما في يَد النَّصرِ، فالكامِلُ يَدَّعي كلَّه، واللَّيثُ يَدَّعي نِصفَه، فيَأخُذُ أقلَّ عدَدٍ له نِصفٌ، وذا اثنان، فيَضرِبُ الكامِلُ بكلِّه[1] سَهمَين، واللَّيثُ بنِصفه سهمٍ، فعَالت إلى ثَلاثةٍ.

ثم يُجمَعُ بينَ دَعوى الكامِلِ والنَّصرِ على ما في يَد اللَّيثِ، فالكامِلُ يَدَّعي كلَّه، والنَّصرُ يَدَّعي رُبُعَه، ومَخرَجُ الرُّبُعِ أربَعةٌ، فيَضرِبُ هذا برُبُعه سهمٍ، وذا بكلِّه أربَعةٍ، فعالت ما في يَده إلى خَمسةٍ.

ثم يُجمَعُ بينَ دَعوى اللَّيثِ والنَّصرِ على ما في يَد الكامِلِ، فاللَّيثُ يَدَّعي نِصفَ ما في يَده، والنَّصرُ يَدَّعي رُبُعَ ما في يَده، والنِّصفُ والرُّبُعُ يَخرُجان من أربَعةٍ، فيُجعَلُ ما في يَده أربَعةً، وفي المال سَعةٌ[2]، فنِصفُه سَهمان للَّيث، ورُبُعُه سهمٌ للنَّصر، وبَقِي الرُّبُعُ للكامِلِ.

وانكَسَر حِسابُ الدّارِ على ثَلاثةٍ وأربَعةٍ وخَمسةٍ، فوَجَدناها مُتبايِنةً، فضَرَبنا الثَّلاثةَ في الأربَعة، فصار اثنَي عشَرَ، ثم ضَرَبنا اثنَي عشَرَ في خَمسةٍ، فصار سِتِّين، ثم ضَرَبناها في أَصل الْمَسألةِ ثَلاثةٍ؛ لأن الدّارَ في أيدِيهم أثلاثًا، فصار مِائةً وثَمانِين، في يَد كلِّ واحِدٍ منهم سِتُّون، فما في يَد النَّصرِ ثُلُثُ ذلك، للَّيث عِشرون، وثُلُثاه للكامِلِ أربَعون، وما في يَد اللَّيثِ خُمُسُه[3] اثنا عشَرَ للنَّصر، وأربَعةُ أخماسِه ثَمانيةٌ وأربَعون للكامِلِ، وما في يَد الكامِلِ نِصفُه، للَّيث ثَلاثُون، ورُبُعُه للنَّصر خَمسةَ عشَرَ، وبَقِي الرُّبُعُ في يَده، فجَميعُ ما

=الدار، وحصل لليث مما في يد النصر ستة، ومما في يد الليث سبعة، ومما في يده سهمان، فجميعه خمسة عشر، وهي خمسة أثمان الدار، وحصل لليث مما في يد النصر سهمان... إلخ.

(١) في (د): الكل بكله.

(٢) في (هـ): سبعة.

(٣) في سوى (أ): خمسة.

حَصَل للكامِلِ مِائةٌ وثَلاثةٌ، وجَميعُ ما حَصَل للَّيث خَمسون، وجَميعُ ما حَصَل للنَّصر سَبعةٌ وعِشرون.

ولو في يَد غيرِهم: للأوَّل(س م) السُّبُعُ، ثم الثَّلاثُ(س م)، ثم الاثنانِ(س م).

ولو كانت في يَد غيرِهم، والْمَسألةُ بحالها: قُسِمت بينَهم على طَريق الْمُنازَعةِ عندَه.

وبَيانُه: أنّا نَحتاجُ إلى حِسابٍ له ثُلُثان ونِصفٌ، وأقَلُّه سِتّةٌ، فاللَّيثُ يَدَّعي أربَعةً، والنَّصرُ يَدَّعي ثَلاثةً، ولا مُنازَعةَ لهما في سَهمَين، فهما للكامِلِ، والنَّصرُ لا يَدَّعي إلا ثَلاثةً، فخَلا سهمٌ عن مُنازَعته، ومُنازَعةُ الكامِلِ واللَّيثِ فيه على السَّواء، فيَكونُ بينَهما، فانكَسَر بالنِّصف، فضَرَبنا مَخرَجَ النِّصفِ في سِتّةٍ، فصار اثنَي عشَرَ..

فاللَّيثُ لا يَدَّعي أكثَرَ من ثَمانيةٍ، والنَّصرُ لا يَدَّعي أكثَرَ من سِتّةٍ، فسَلِم للكامِلِ أربَعةٌ، وسَهمان بينَ الكامِلِ واللَّيثِ، لكلِّ واحِدٍ منهما سهمٌ، وبَقِيت سِتّةٌ، استَوَت مُنازَعتُهم فيها، فكان لكلِّ واحِدٍ سَهمان منها[1]، فأَصاب الكامِلَ سَبعةٌ من اثنَي عشَرَ، وأَصاب اللَّيثَ ثَلاثةٌ من اثنَي عشَرَ، وأَصاب النَّصرَ سَهمان.

وعندَهما: تُقسَمُ بطَريق العَولِ، فيَضرِبُ الكامِلُ بالكلِّ سِتّةٍ، واللَّيثُ بالثُّلُثَين أربَعةٍ، والنَّصرُ بالنِّصف ثَلاثةٍ، فصار الكلُّ ثَلاثةَ عشَرَ، للكامِلِ سِتّةٌ، وللَّيث أربَعةٌ، وللنَّصر ثَلاثةٌ.

بَرْهَنا على نِتاج دابّةٍ، ووَقَّتا: قُضِي لمن وافَق وقتُه سِنَّها، وإن أشكَل: فلهما، كعبدٍ في يَده بَرْهَن اثنانِ على غَصبه ووَديعتِه.

ولو تَنازَعا في دابّةٍ، وأقام كلُّ واحِدٍ منهما البيِّنةَ أنها نُتِجت عندَه، ووَقَّتا: قُضِي لمن

(١) في (هـ): منه.

وافَق وقتُه سِنَّها؛ لشَهادة الظّاهرِ له.

وإن أشكَل ذلك: فهي لهما؛ لأنه لَمّا سَقَط التَّوقيتُ صار كأنهما لم يَذكُرا تَأريخًا، فيُقضى بينَهما؛ لاستِوائهما.

وإن خالَف سِنُّ الدّابّةِ الوَقتَين: بَطَلت البَيِّنتان؛ لظُهور كذبِ الفَريقَين، فتُترَكُ في يَد من كانت في يَده.

عبدٌ في يَد رَجُلٍ أَقام رَجُلان عليه البَيِّنَةَ، أَحَدُهما بغصبٍ، والآخَرُ بوَديعةٍ: فهو بينَهما؛ لاستِوائهما في الاستِحقاق.

دارٌ وعبدٌ في يَده، بَرْهَن رَجُلان كلٌّ أنه اشتَراها منه به، وسَلَّمه: قُضِي بها[1] لهما، وخُيِّرا، فإن أمضَيا: فهما بينَهما، وإلا: فالعبدُ، وقِيمتُه بينَهما، وكذا لو في يَدَيهما.

دارٌ وعبدٌ في يَد رَجُلٍ، بَرْهَن رَجُلان كلُّ واحِدٍ منهما أنها له اشتَراها من ذي اليدِ بهذا العبدِ الذي في يَده، وسَلَّم العبدَ إليه: قُضِي بالدّار لهما[2]؛ لاستِوائهما في الحُجّة، وخُيِّرا؛ لِما مَرّ.

فإن أمضَيا: فالدّارُ والعبدُ بينَهما؛ لأنه لم يَسلَم لكلِّ واحِدٍ منهما إلا نِصفُ الْمُعوَّضِ، فيَرجِعُ[3] كلُّ واحِدٍ بنِصف العِوَضِ.

فإن فَسَخا[4] العقدَ: فالعبدُ وقِيمتُه بينَهما، أي يَضمَنُ الْمُدَّعى عليه لكلِّ واحِدٍ نِصفَ قِيمةِ العبدِ؛..

(١) في (ف): وقضي بهما.

(٢) في (د): بينهما.

(٣) في (د) و(هـ): فيترجح.

(٤) في (ب): فإن فسخنا، وفي (د): وإن فسخ العقد.

لأنه أثبَت[1] كلُّ واحِدٍ تَسليمَ كلِّ العبدِ إليه، وقد سَلَّم إلى كلِّ واحِدٍ نِصفَ العبدِ، فيَضمَنُ لكلِّ واحِدٍ نِصفَ قِيمتِه؛ تكميلًا لحقِّه.

وكذا لو كانت الدّارُ في أيدِيهما؛ إذ الْمَعنى لا يَتفاوَتُ.

ولو في يَد أحَدِهما: فالدّارُ له، والعبدُ للآخَر، وإن أرَّخا: فلأسبقِهما، في يَد أيٍّ كانَت، بخِلاف الشِّراءِ من رَجُلَين.

ولو كانت الدّارُ في يَد أحَدِهما: يُقضى بالدّار له؛ لأن تَمكُّنَه من قَبضه يَدُلُّ على أن شِراءَه أسبَقُ، فكان القَضاءُ له أحقَّ، والعبدُ للآخَر؛ لأنه لم يَسلَم له شيءٌ من الدّار، فيَرجِعُ بكلِّ العِوَضِ.

وإن أرَّخا الشِّراءَ: يُقضى لأسبَقِهما تَأريخًا، والدّارُ في يَد أيٍّ كانت؛ لأن تَقدُّمَ شِرائِه يُبطِلُ شِراءَ الآخَرِ وقبْضَه أيضًا.

بخِلاف ما لو ادَّعيا الشِّراءَ من رَجُلَين، ووَقْتُ أحَدُهما أسبَقُ؛ فإنه يُقضى بينَهما؛ لأن في البائِعَين تَقدُّمَ بيعِ أحَدِهما لا يُبطِلُ بيعَ الآخرِ، وفي البائِع الواحِدِ بيعَه الأوَّلَ يُبطِلُ البيعَ الثّانيَ، فيُقضى بالأوَّل.

وإن أرَّخ أحَدُهما، وهي في يَد الْمُدَّعى عليه: فللمُؤرِّخ، ولو مع أحَدِهما قبضٌ مَشهودٌ به: فله، والْمُعايَنُ أحَقُّ منه.

وإن أرَّخ أحَدُهما دونَ الآخرِ، والدّارُ في يَد الْمُدَّعى عليه[2]: يُقضى للمُؤرِّخ بالدّار، وبالعَبد للآخَر؛ لأن الشِّراءَ حادِثٌ، فيُضافُ إلى أقرَب الأوقاتِ، وهو ما قبلَ الدَّعوى، فكان شِراءُ الْمُؤرِّخِ سابِقًا.

---

(١) في (ج): لأنه يستحق.

(٢) في (هـ): المدعي.

وإن كان لأحدهما تأريخٌ، وللآخر قبضٌ مُعايَنٌ أو مَشهودٌ به: فهو أَولى؛ لأن الشِّراءَ يَتأكَّدُ بالقَبض لا بالتّاريخ، والقبضُ الْمُعايَنُ أحقُّ من الْمَشهود به، فليس الخبرُ كالْمُعايَنة[1].

ولو في يَدَيهما، أو إرثًا، أو مِلكًا مُطلَقًا: استَويا[و].

ولو كانت الدّارُ في أيدِيهما، فأرَّخ أحَدُهما وأطلَق الآخرُ: قُضِي بالدّار بينَهما، والعبدُ بينَهما؛ لأن الْمُؤرِّخَ له فيما في يَده تَأريخٌ وقبضٌ مُعايَنٌ، وليس للآخَر في ذلك شيءٌ، فصار هو أَولى بما في يَده، ولصاحِبه فيما في يَده قبضٌ مُعايَنٌ، وليس للآخَر فيه إلا التَّأريخُ، فكان صاحِبُ القبضِ أَولى، فيُقضى بالدّار والعبدِ بينَهما.

وكذا لو ادَّعيا إرثًا أو مِلكًا مُطلَقًا، فأرَّخ أحَدُهما وأطلَق الآخرُ: فهو بينَهما في ظاهِر الرِّوايةِ، وقد مَرَّت الْمَسألةُ بتَقاسِيمهما.

اشتَرى دارًا بعبدٍ، وسَلَّمه، وهي في يَد غيرِ البائِع، وطَلَب تَسليمَها، فقال ذُو اليدِ: (هي لي)، فرَهَنها منه، أو وَهَب، أو أعار، أو أودَع، أو آجَر، أو غَصَب: لا يَرجِعُ بالعَبد، ولو رَجَع ذُو اليدِ فيها رَجَع.

رَجُلٌ اشتَرى دارًا بعبدٍ، وسَلَّم العبدَ، والدّارُ في يَد غيرِ البائِع، فجاء الْمُشتَري ليَقبِضَ الدّارَ، وطَلَب تَسليمَها، فقال ذو اليد: (هي لي)، ثم إنه رَهَن الدّارَ من الْمُشتَري، أو وَهَبها له، أو أعار، أو أودَع، أو آجَر، أو غَصَب: لا يَرجِعُ بالعَبد على البائِع؛ لأنه سَلِم له الْمَبيعُ، وهو الدّارُ؛ لأنه لَمّا وَصَلت إليه جُعِل كالوُصول بجِهة البيعِ، فيَنبَغي أن يَسلَمَ العبدُ للبائِع.

ولو رَجَع ذو اليدِ في الدّار رَجَع الْمُشتَري بعَبده؛ لانتِقاض قبضِه.

---

(١) في (ج): كالعيان.

وكذا لو كانَت أمةً، فهَلَكت عندَه، أو أبَقَت، وضَمِنه في الغَصب، ولو ظَهَرت: تَسلَمُ له، والعبدُ أيضًا.

ولو كان مَكانَ الدّارِ أمةٌ، فهَلَكت عندَ الْمُشتَرِي أو أبقت، وضَمَّنه ذو اليدِ، بأن كان غَصَبها منه: رَجَع الْمُشتَرِي على البائِع بعَبده؛ لأن استِحقاقَ قِيمةِ الأمةِ كاستِحقاقِ الأمةِ، حتى لو ظَهَرت الأمةُ تَسلَمُ للمُشتَرِي، وسَلِم العبدُ له أيضًا؛ إذ الأمةُ سَلِمت له بالضَّمان لا بالبَيع.

ولو فَسَخ للعَجز، فوَصَلت إليه: فالفسخُ ماضٍ، وسَلِم له عبدُه والدّارُ.

فلو خاصَم الْمُشتَرِي ذا اليدِ في تَسليم الدّارِ، فلم يَقدِر على الوُصول إليه، وفَسَخ القاضِي البيعَ للعَجز، ثم وَصَلت الدّارُ إليه بالهِبة أو بما ذَكَرنا: فالفسخُ ماضٍ، ويَسلَمُ له العبدُ والدّارُ؛ لأن القاضِيَ فَسَخ بيعَ الدّارِ بسبَبٍ مُوجِبٍ للفَسخ، وهو العجزُ عن التَّسليم، فنَفَذ فسخُه ظاهِرًا وباطِنًا، فلا يَعودُ البيعُ وإن زال العجزُ بعدَه، كما لو فُسِخ البيعُ بالعَيب، ثم يَزولُ العَيب.

اشتَرى دارًا بعبدٍ، وتَقابَضا، فاستُحِقَّ نِصفُها: خُيِّر مُشترِيها فقط، ولو استُحِقَّ نِصفُ كلٍّ: خُيِّرا، وبَطَل بوُصوله إليه بهبةٍ أو إرثٍ.

رَجُلٌ اشتَرى دارًا بعبدٍ، وتَقابَضا، فاستُحِقَّ نِصفُ الدّارِ: خُيِّر مُشتَرِي الدّارِ في النِّصف الآخرِ؛ لتَفرُّق الصَّفْقةِ عليه، ولا خِيارَ لِمُشتَرِي العبدِ، وإن لم يَسلَم له إلا نِصفُ العبدِ؛ لأن الجِنايةَ منه حيث دَلَّس الأمرَ على صاحِبه، ولأنه متى باع كلَّ الدّارِ وليس له إلا النِّصفُ فقد رَضِي بالشِّركة في العَبد.

ولو استُحِقَّ نِصفُ الدّارِ ونِصفُ العبدِ: خُيِّرا؛ لوُجود عِلّةِ الخِيارِ في البَدَلَين، وهو

عَيبُ الشِّرْكةِ، لا بفِعله، فإن زال عَيبُ الشِّرْكةِ عن أحَد البَدَلَين بوُصول ذلك النِّصفِ إليه بهبَةٍ أو إرثٍ أو نحوِهما: بَطَل خِيارُه، وبَقِي الآخرُ على خِيارِه.

بَرْهَن أنه فَقَأ[1] عَينَ عبدٍ له غائِبٍ: لا يُسمَعُ قبلَ حُضورِه.

بَرْهَن رَجُلٌ على رَجُلٍ أنه فَقَأ عَينَ عبدٍ له غائِبٍ: لا يُسمَعُ قبلَ حُضورِ العبدِ؛ لأن القَضاءَ بالأَرْش بدُون مِلكِ الأصلِ مُتعذِّرٌ، ومِلكَ الأصلِ لم يَثبُت بعدُ؛ لكَونه غائِبًا، حتى لو حَضَر العبدُ وأنكَر: كان الأَرْشُ له دونَ الْمُدَّعي.

بخِلاف الميْتِ، والصَّغيرِ، والدّابّةِ، والإقرارِ.

بخِلاف الميْتِ والصَّغيرِ والدّابّة[2] والإقرارِ؛ حيث يُقضى فيها.

أما الإقرارُ -فصُورتُه: أن يُقِرَّ الْمُدَّعى عليه أنه فَقَأ عَينَ العبدِ وهو مِلكُ الْمُدَّعي، والعبدُ غائِبُ؛ فإنه يُقضى بأَرْش العَينِ للمُدَّعي-: فلأن إقرارَه حُجّةٌ في حقِّه فقط، بخِلاف البيِّنةِ؛ لأنها حُجّةٌ مُتعدِّيةٌ.

وأما الدّابّةُ -فصُورتُه: أن يَدَّعيَ أنه فَقَأ عَينَ بِرذَونٍ له غائِبٍ، فإنه يُقضى له عليه برُبُع القِيمةِ-: فلأنه لا يدَ له على نَفسه، فلا يَكونُ قَضاءً على الغائِب.

بخِلاف العبدِ؛ لأنه في يَد نفسِه، وإنما يُقضى برُبُع قِيمتِه: لأن العَينَ من الآدميِّ مَضمونةٌ بنِصف الدِّيَةِ وبنِصف القِيمةِ، ومن الفَرَس، والحِمارِ، والبغلِ، والبَعيرِ، وما يُركَبُ أو يُعمَلُ: برُبُع القِيمةِ، ومن الشّاة: بما يَنقُص.

---

(١) الفقء: الشق، يقال: فقأت البثرة فانفقأت، وتفقأ الدُّمّل: تشقق... وفقأ العين: عارها بأن شق حدقتها، وقولهم: أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ سَوّى بين الفقء والقلع: أرادوا التسوية حكمًا لا لغة؛ لأن الفقء ما ذكر، والقلعَ أن ينزع حدقتها بعروقها. «المغرب» ص٣٦٤.

(٢) في (أ): والدار.

والصَّغيرُ كالدّابّة؛ لأنه لا يُعبرُّ عن نَفسه، وكذا الميْتُ؛ لأنه لا يدَ له.

فإن جاء رَجُلٌ والدّابّةُ في يَده: سَلِمت له، لا الأَرْشُ، إلا أن يُبرهِنَ أنها له، وكانَت له يومَ الفقوءِ[1]، إلا أن يُعِيدَ الْمُدَّعي.

فإن جاء رَجُلٌ والدّابّةُ في يَده: سَلِمت له لا[2] الأَرْشُ؛ لأن اليدَ في الحال لا تَدُلُّ على الْمِلك[3] فيما مَضى، لكن الدّابّةُ له، إلا أن يُبرهِنَ أنها له، وكانت له يومَ الفقوءِ[4]، فحينَئذٍ يَستحِقُّ الأَرْشَ، إلا أن يُعيدَ الْمُدَّعي الأَوّلُ البيِّنةَ أن الدّابّةَ له، وأنه فَقَأ عَينَها وهي يومَئذٍ له، فحينَئذٍ تكونُ بَيِّنتُه أَولى؛ لأنه خارِجٌ، والدَّعوى وإن كانت في الأَرْش ولكنه تَبَعٌ للنَّفس.

النّاسُ أحرارٌ، إلا في الشَّهادة، والحدِّ، والقِصاصِ، والعقلِ.

النّاسُ أحرارٌ إلا في الشَّهادة، والحُدودِ، والقِصاصِ، والعقلِ، كذا رُوِي عن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وجَماعةٍ من الصَّحابة رِضوانُ اللهِ عليهم أجمعَين[5].

ادَّعى أنه عبدُه، وأنكَر: صُدِّق، فإن أثبَت أن نِصفَه له: حُكِم به، ووُقِف نِصفُه، وهو عبدٌ في شَهادته وحدَه.

(١) في (ف): القضاء.

(٢) سقطت من (ج) و(د).

(٣) في (ج): الملك المطلق.

(٤) في سوى (أ): الفقاء، وفي (ب): القضاء.

(٥) لم أقف عليه، ونسبه بعض المصنفين في مذهبنا إلى الإمام محمد في «الجامع الكبير»، وقال الجصاص في «شرح مختصر الطحاوي» ٦/ ٢٠١: ومن أجل ذلك قال أصحابنا: الناس أحرار إلا في أربعة أشياء: الحدود، والقصاص، والشهادة، والعقل.

ادَّعى على شخصٍ مَجهولِ الحالِ أنه عبدُه، فأنكَر، وقال: (أنا حُرُّ الأصلِ): فالقولُ له؛ لأن الأصلَ في الآدَمِيِّ الحُرِّيّةُ؛ لأنه ولَدُ آدمَ وحَوّاءَ عَلَيْهِمَا ٱلسَّلَامُ، وهما حُرّان، والدّارُ دارُ الأحرارِ.

فإن أثبَت الْمُدَّعي بالبيِّنة أن نِصفَه له: حُكِم به؛ لِقيام الْمُبدَلِ[1] في النِّصف، وتَوقَّف الحُكمُ في النِّصف، فلا يُحكَمُ فيه برقٍّ ولا حُرِّيّةٍ.

أما الرِّقُّ: فلأنه لم يُعرَف له مالِكٌ، والقَضاءُ لا بُدَّ له من مَقضيٍّ له.

وأما العَتقُ: فلأنه لَمّا قُضِي برِقِّ النِّصفِ تَعذَّر القَضاءُ بالعِتق؛ لأنه لا يَتجزَّأُ، فبَقِي مَوقوفًا، وحُكمُه حُكمُ العبدِ في الشَّهادة والحُدودِ وغيرِهما؛ لأنه قُضِي برِقِّه.

فإن قَتَل رَجُلًا خطَأً، وقال وَلِيُّه: (عبدٌ): خُيِّر سَيِّدُه في نِصفه، وإن قال: (حُرٌّ): لا شيءَ له.

فإن قَتَل رَجُلاً خطَأً سُئِل وليُّ القَتيلِ: أعبدٌ هو أم حُرٌّ، فإن قال: (عبدٌ) خُيِّر سيِّدُه بينَ دفعِ النِّصفِ أو الفِداءِ بنِصف الدِّيَةِ، وإن قال: (حُرٌّ) لا شيءَ عليه؛ لأنه يَدَّعي وُجوبَ الدِّيَةِ على العاقِلة.

وإن فُقِئت عَينُه: قُضِي له بنِصف أَرْشِه، ووُقِف نِصفُه.

وإن فُقِئت عَينُه: قُضِي للمَولى بنِصف أَرْشِه، وتَوقَّف نِصفُه؛ لأن أَرْشَ العَينِ يُملَكُ بمِلك الرَّقَبةِ، وقد ثَبَت له مِلكُ[2] النِّصفِ، فيَستحِقُّ نِصفَ الأَرْشِ.

ادَّعى بَكرٌ بيتًا في يَدَي سعدٍ وزَيدٍ، وأثبَتوا: فنِصفُه لبَكرٍ، ونِصفُه لهما.

---

(١) في (ب) و(ج): المبدل به.

(٢) في (هـ): ذلك.

ادَّعى بَكرٌ بيتًا هو في يَدِ سعدٍ وزيدٍ، وبَرْهَن أنه له، وكلُّ واحِدٍ منهما بَرْهَن أنه له: فنِصفُه لبكرٍ، ونِصفُه لهما؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما خارِجٌ فيما في يَد صاحِبِه، وشارَكَ بكرٌ كلَّ واحِدٍ منهما في استِحقاق جَميعِ ما في يَد صاحِبِه، فبكرٌ مع سعدٍ بَرْهَنا على ما في يَد زيدٍ، فيُقضى بينَهما؛ لأنهما خارِجان، وكذا فيما في يَد الآخرِ.

ولو ادَّعى الغصبَ أو الوَديعةَ على سعدٍ: فرُبُعُه لزَيدٍ، وما بَقِي لبَكرٍ.

ولو ادَّعى بكرٌ الغصبَ أو الوَديعةَ على سعدٍ: فرُبُعُه لزيدٍ، وما بَقِي لبكرٍ.

فالحاصِلُ: أن لبكرٍ ثَلاثةَ أرباعِ البيتِ، ولزيدٍ رُبُعَ البيت؛ لأن النِّصفَ الذي في يَد سعدٍ بَيِّنةُ سعدٍ فيه غيرُ مَقبولةٍ، وبَيِّنةُ زيدٍ وبكرٍ فيه مَقبولتان مُستَويتان؛ لأن كلَّ واحِدٍ يَدَّعي مِلكًا مُطلَقًا؛ لأن بكرًا لا يَدَّعي الغصبَ عليه، فيُقضى بذلك النِّصفِ بينَ زيدٍ وبكرٍ نِصفَين.

وأما النِّصفُ الذي في يَد زيدٍ: فبَيِّنتُه غيرُ مَقبولةٍ، وكذا بَيِّنةُ سعدٍ؛ لأن بَيِّنةَ بكرٍ تَرجَّحت لأنه يُثبِتُ غصبَ كلِّ البيتِ بالحُجّة، وهو لم يُعارِضه بمِثله، فكلُّ شيءٍ يَصِلُ إليه من البَيت يَجِبُ تَسليمُه إلى بكرٍ.

والأصلُ: أن الخارِجَين إذا تَنازَعا في عَينٍ، وادَّعى أحَدُهما الغصبَ على صاحِبه، وبرْهَنا: فالقاضِي يَقضِي ببيِّنة مُدَّعي الغصبِ، ولا يَقضِي ببيِّنة الْمُدَّعى عليه الغصبُ، كذا هنا.

ولو ادَّعى على سعدٍ، وهو عليه: فنِصفُه له، ونِصفُه لهما.

ولو ادَّعى بكرٌ الغصبَ على سعدٍ، وسعدٌ عليه، وادَّعى زيدٌ مِلكًا مُطلَقًا: فنِصفُه لبكرٍ، ونِصفُه لهما؛ للتَّعارُض في دَعوى الغصبِ، فبَقِي دَعوى الْمِلكِ.

ولو ادَّعى على سعدٍ، وهو على زَيدٍ: فرُبُعُه لزَيدٍ، وما بَقِي لبَكرٍ.

ولو ادَّعى بكرٌ على سعدٍ، وسعدٌ على زيدٍ، وادَّعى زيدٌ مُطلَقًا: فرُبُعُه لزيدٍ، وما بَقِي لبكرٍ.

وهذا لأن ما في يَد زيدٍ يَصير لبكرٍ؛ لأنه أثبَت الغصبَ على سعدٍ في كلِّ البيتِ، ولم يُعارِضه بمِثله، بل ادَّعى الغصبَ على زيدٍ، فصار بكرٌ أحقَّ بهذا النِّصفِ، وما في يَد سعدٍ بينَ بكرٍ وزيدٍ[1] نِصفان؛ لاستِوائهما، فكلُّ واحِدٍ منهما لا يَدَّعي الغصبَ على صاحِبه، فكان بينَهما نِصفان، فلهذا قُضِي لبكرٍ بثَلاثة أرباعِ البيت.

ولو ادَّعى على سعدٍ، وسعدٌ على زَيدٍ، وزَيدٌ على بَكرٍ: فنِصفُه لبَكرٍ، ونِصفُه لزَيدٍ.

ولو ادَّعى بكرٌ على سعدٍ، وسعدٌ على زيدٍ، وزيدٌ على بكرٍ: فلزيدٍ النِّصفُ الذي في يَد سعدٍ، ولبكرٍ النِّصفُ الذي في يَد زيدٍ.

ولو ادَّعيا على بَكرٍ، وهو على سعدٍ: فلزَيدٍ نِصفُه، ونِصفُه لهما.

ولو ادَّعيا الغصبَ على بكرٍ، وهو على سعدٍ: فلزيدٍ النِّصفُ الذي في يَد سعدٍ، وما في يَد زيدٍ بينَ بكرٍ وسعدٍ؛ لاستِوائهما، فكلُّ واحِدٍ منهما يُثبِتُ الغصبَ على صاحِبه.

---

(١) في (ب) و(ج): وسعد.

فَصْلٌ
[في التَّنَازُعِ بالأيْدِي]

الرّاكِبُ واللّابِسُ أحَقُّ من آخِذ اللِّجامِ والكُمِّ، كذي[1] حِمْلٍ، وجِذْعٍ، واتِّصالٍ من الغَير.

الرّاكبُ واللّابسُ أحَقُّ من آخِذ اللِّجامِ والكُمِّ، حتى لو تَنازَعا في دابّةٍ أو قَميصٍ، وأحَدُهما راكِبُها أو لابِسُه[2]، والآخَرُ مُتعلِّقٌ بلِجامها أو بكُمِّه: فالرّاكبُ أو[3] اللّابسُ أَولى في كَونه ذا اليدِ؛ لأنه يَتصرَّفُ تَصرُّفَ الْمُلّاكِ.

وكذا لو كان أحَدُهما راكِبًا في السَّرْجِ، والآخَرُ رَديفَه: فالرّاكبُ أَولى؛ لأن العادةَ جَرَت بأن الْمُلّاكَ يَركَبون في السَّرجِ، وغيرَهم يَكونُ رَديفًا.

بخِلاف ما لو كانا راكِبَين؛ حيث يَكونُ بينَهما؛ لاستِوائهما تَصرُّفًا.

ولو تَنازَعا في بِساطٍ وأحَدُهما جالِسٌ عليه، والآخَرُ مُتعلِّقٌ به: فهو بينَهما، لا على طَريق القَضاءِ؛ لأن القُعودَ ليس بيدٍ عليه، حتى لا يَصيرُ غاصِبًا بِساطَ الغيرِ بمُجرَّد القُعودِ عليه، بخِلاف الرُّكوبِ على الدّابّة؛ فإنه يَصيرُ غاصِبًا بمُجرَّد الرُّكوبِ بغَير الإذنِ.

كذا[4] حِملٌ وجِذْعٌ واتِّصالٌ من الغَير، أي لو تَنازَعا في بَعيرٍ وعليه حِملٌ لأحَدهما

(١) في (ن): كذا.

(٢) في (ج): راكبها والآخر لابسه.

(٣) في (ب) و(هـ): و.

(٤) في (هـ): كذي.

فصاحِبُ الحِملِ أحقُّ؛ لأنه المُتصرِّفُ.

وإذا كان حائِطٌ لرَجُلٍ عليه جُذوعٌ، أو مُتَّصِلٌ بِبنائه، ولآخرَ عليه هَراديٌّ.. تنازَعا في الحائِط كلُّ واحِدٍ يَدَّعي أن الحائِطَ له: فالحائِطُ لصاحِب الجُذوعِ والاتِّصالِ.

والهَراديُّ ليس بشيءٍ؛ لأن صاحِبَ الجُذوعِ مُستعمِلٌ للحائِط بما وُضِع له الحائِطُ، وهو وضعُ الجُذوعِ عليه؛ لأن اتِّخاذَ الحائِطِ للتَّسقيف، وذا بالجُذوع يَكونُ، وصاحِبُ الهَراديِّ صاحِبُ تَعلُّقٍ لا صاحِبُ استِعمالٍ؛ لأن الحائطَ لم يُبنَ لوَضع الهَراديِّ عليه، فصار كدابَّةٍ تَنازَع فيها رَجُلان، لأحَدهما حِملٌ، ولآخرَ كُوزٌ مُعلَّقٌ أو مِخلاةٌ مُعلَّقةٌ، فصاحِبُ الحِملِ أَولى، كذا هنا.

والاتِّصالُ ضَربان: اتِّصالُ تَربيعٍ، واتِّصالُ مُلازَقةٍ، والأوَّلُ هو المُرادُ، وتَفسيرُه: أن يَكونَ أنصافُ لَبِناتِ الحائِطِ المُتنازَعِ فيه مُتداخِلةً في أَنصاف لَبِناتِ الحائِطِ الذي لا نِزاعَ فيه، وإن كان الحائِطُ من خشَبٍ، بأن يَكونَ ساجةُ أحَدِهما مُركَّبةً في الأُخرى.

وهذا ظاهِرُ الرِّوايةِ، وهو شاهِدٌ ظاهِرٌ لصاحِبه؛ لأن الظّاهرَ أنه هو الذي بَناه مع حائِطِه، فمُداخَلةُ أنصافِ اللَّبِنِ لا تُتصوَّرُ إلا عندَ بِناءِ الحائِطَين معًا، فكان أَولى.

وقولُه: (الهَراديُّ ليس بشيءٍ) يَدُلُّ على أنه لا اعتِبارَ للهَراديِّ أصلًا، وكذا البَواريُّ؛ لأنه لما لم يكن استِعمالًا له وضعًا -إذ الحائِطُ لا يُبنى لهما، وإنما يُبنى للتَّسقيف، والتَّسقيفُ لا يُمكِنُ على الهَراديِّ والبَواريِّ- صار مَعدومًا حُكمًا، حتى لو تَنازَعا في حائِطٍ ولأحَدهما عليه هَراديٌّ، وليس للآخَر عليه شيءٌ: فهو بينَهما، ولا يَختصُّ به صاحِبُ الهَراديِّ.

ولو كان لكلِّ واحِدٍ منهما عليه جُذوعٌ ثَلاثةٌ: فهو بينَهما؛ لاستِوائهما، ولا مُعتبَرَ بالأكثَر منهما بعدَ الثَّلاثةِ، حتى لو كان لأحَدهما عليه عشرُ خَشَباتٍ، ولآخرَ ثَلاثُ

خَشَباتٍ: فهو بينَهما نِصفان؛ لأن لكلِّ واحِدٍ منهما عليه حِملًا مَقصودًا يُبنى الحائِطُ لأَجله، فلا يُعتبَرُ التَّفاوُتُ بعدَ ذلك في القِلّة والكَثرةِ بعدَ تَمامِ النِّصابِ؛ إذ الثَّلاثُ أَقَلُّ الجمعِ، كما لو تَنازَعا في دابّةٍ، ولأَحَدهما عليها خَمسون مَنًّا، وللآخَر مِائةُ مَنٍّ: كانت بينَهما نِصفَين.

ولو كان لأَحَدهما عليه عشرُ خَشَباتٍ، وللآخَر خَشَبةٌ: فلكلِّ واحِدٍ منهما ما تحتَ خَشَبتِه، ذَكَره في كِتاب الدَّعوى.

والقِياسُ: أن يُقضى بينَهما نِصفان، وهو رِوايةٌ عن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه لا مُعتبَرَ بالكَثرة في نَفس الحُجّةِ، فيَستَويان.

وذَكَر في كِتاب الإقرارِ: أن الحائِطَ كلَّه لصاحِب عشرِ خَشَباتٍ، إلا مَوضِعَ الخَشَبةِ، فإنه لصاحِبها؛ لأن[1] لصاحِب العَشرِ عليه حِملًا مَقصودًا يُبنى الحائِطُ لأَجله، وليس لصاحِب الخَشَبةِ الواحِدةِ مِثلُ ذلك؛ لأن الحائِطَ لا يُبنى لأَجل خَشَبةٍ واحِدةٍ، وكان الظّاهرُ شاهِدًا لصاحِب العشرِ، إلا أنه لا يَرفَعُ خَشَبتَه[2]، بل يَبقى له حقُّ الوضعِ؛ لأن استِحقاقَ صاحِبِ الخَشَباتِ باعتِبار الظّاهِرِ، وهو ليس بحُجّةٍ لاستِحقاق يدِه.

ووجهُ رِوايةِ كِتابِ الدَّعوى: أن الاستِحقاقَ باعتِبار وضعِ الخَشَبةِ، فيَثبُتُ لكلِّ واحِدٍ منهما الْمِلكُ فيما تحتَ خَشَبتِه؛ لوُجود سبَبِ الاستِحقاقِ له في ذلك الْمَوضِعِ.

فأما ما بينَ الخَشَباتِ: فلم يَذكُر في «الكِتاب» أنه لأَيِّهما يُقضى، قال بعضُهم: يُقضى بالكلِّ بينَهما على أحدَ عشَرَ سهمًا، عشَرةٌ لصاحِب الخَشَباتِ، وسهمٌ لصاحِب الخَشَبةِ؛ اعتِبارًا لِما بينَ الخَشَباتِ بما هو تحتَ كلِّ خَشَبةٍ من الحائِط.

---

(١) في (هـ): لا.

(٢) في (ب) و(هـ): خشبه.

وأكثرُهم على أنه يُقضى بالكلِّ لصاحِب عشرِ خَشَباتٍ؛ لأن الحائِطَ يُبنى لوَضع عشرِ خَشَباتٍ لا لوَضع خَشَبةٍ، إلا مَوضِعَ الخَشَبةِ الواحِدةِ؛ لضَرورة استِعمالِ صاحِبِها؛ إذ يدُه على ذلك القَدْرِ أظهَرُ، فيُقضى بما سِواه لذي الخَشَباتِ بالضَّرورة[1]؛ إذ الثّابتُ بالضَّرورة لا يَعدو مَوضِعَها.

وقِيل: يُقضى بما بينَ الخَشَباتِ بينَهما نِصفَين؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما مُستعمِلٌ للحائِط؛ إلا أن أحَدَهما أكثَرُ استِعمالًا، ولا تَرجيحَ بكَثرة العِلّةِ.

ولو كان لأحَدهما عليه جُذوعٌ، وللآخَر اتِّصالٌ: فهو لصاحِب الجُذوعِ؛ لأن له استِعمالًا وتَصرُّفًا، ولصاحِب الاتِّصالِ يدًا، والتَّصرُّفُ أَقوى؛ لأنه الْمَقصودُ باليَد[2].

وقال الطَّحاويُّ: صاحِبُ الاتِّصالِ أَولى[3]؛ لأن الحائِطَين صارا في حُكم حائِطٍ واحِدٍ باتِّصال مُداخَلةِ اللَّبِناتِ، وبعضُه لأحَدهما بالاتِّفاق، ومن ضَرورة القَضاءِ له بَعضه القَضاءُ بكُلِّه أو بردِّ الْمُختلَفِ فيه إلى الْمُتَّفَق عليه.

ثَوبٌ في يَده، وطَرَفُه في يَد آخَرَ: نُصِّف.

ثَوبٌ في يِد رَجُلٍ، وطَرَفٌ منه في يَد آخرَ.. تَنازَعا فيه: فهو بينَهما نِصفان؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما أثبَت يدَه على هذا الثَّوبِ، إلا أن يدَ أحَدِهما تثبُت في أكثَره، ويدَ الآخرِ تثبُت في أقَلِّه، والزِّيادةُ[4] من جِنس الحُجّةِ، فلا تُوجِبُ تَرجيحًا وزِيادةً في الاستِحقاق، كما لو أقام أحدُ الْمُدَّعيَين شاهِدَين، ....

(١) مثبتة من (ج) و(د).

(٢) في (هـ): بالبناء.

(٣) في (هـ): أقوى.

(٤) في (ب): والشهادة.

وأقام الآخرُ أربَعًا[1].

صَبِيٌّ يُعبِّرُ قال: (أنا حُرٌّ): صُدِّق، بخِلاف (أنا عبدُ فُلانٍ)، أو لا يُعبِّرُ.

صبيٌّ في يَد رَجُلٍ، وهو يُعبِّرُ عن نَفسه -أي يَعقِلُ فَحوى[2] ما يَجري على لِسانه-، فقال: (أنا حُرٌّ): فالقولُ قولُه؛ لأنه في يَد نفسِه، فكان هو صاحِبَ اليدِ، وكان الْمُدَّعي خارِجًا، والقولُ قولُ صاحِبِ اليدِ؛ وهذا لأن الأصلَ أن يَكونَ لكلِّ إنسانٍ يدٌ على نَفسه؛ إبانةً لِمَعنى الكَرامةِ؛ إذ كونُه في يَد غيرِه دَليلُ الإهانةِ، ومع قِيام يدِه على نَفسه لا تَثبُتُ يدُ الغيرِ عليه؛ للتَّنافِي بينَ اليَدَين.

إلا إذا سَقَط اعتِبارُ يدِه شرعًا، فحينَئذٍ تُعتبَرُ يدُ الغيرِ عليه، وسُقوطُ اعتِبارِ يدِه قد يَكونُ لعَدَم أهلِيّتِه، بأن كان صَغيرًا لا يُعبِّرُ عن نَفسه -أي لا يَعقِلُ ما يَقولُ-، وقد يَكونُ بثُبوت الرِّقِّ عليه؛ لأن الرِّقَّ عِبارةٌ عن عجزٍ حُكميٍّ، واليدَ عِبارةٌ عن القُدرة، وبينَهما تَنافٍ[3]، فإذا ثَبَت الضَّعفُ انتفَت القُدرةُ.

ولو قال: (أنا عبدٌ لفُلانٍ) لغَير ذي اليدِ، وهو يُعبِّرُ عن نَفسه، وقال الذي في يَده: (إنه عَبدي): فهو عبدٌ للذي في يَده؛ لأنه متى أقَرَّ على نَفسه بالرِّقِّ فقد أقَرَّ بسُقوط اعتِبارِ يدِه، فكان يدُ صاحِبِ اليدِ عليه مُعتبَرةً شرعًا، فكان القولُ لذي اليدِ أنه له، ولا تُقطَعُ يدُه إلا بحُجّةٍ، وشَهادةُ العبدِ ليست بحُجّةٍ.

فإن قِيل: كيف يَصِحُّ إقرارُ الصَّغيرِ بالرِّقِّ لغَيره وهو من الْمَضارّ، والصَّغيرُ يُقرَّبُ من الْمَبارّ ويُبعَدُ من الْمَضارّ.

---

(١) في (ب): أربعة.

(٢) في (د): مجرى.

(٣) في (هـ): تفاوت.

قُلنا: ثُبوتُه بدَعوى ذي اليدِ لا بإِقراره، وبإِقراره اندَفَع الْمُعارِضُ.

وإن كان لا يُعبِّرُ عن نَفسه فهو عبدٌ للذي في يَده؛ لأنه لا يدَ له على نَفسه، فكان يدُ صاحِبِ اليدِ ثابِتةً عليه شرعًا، فيَكونُ القولُ قولَه أنه مِلكُه، وهو بمَنزِلة الثَّوبِ والبَهيمةِ.

فلو كَبِر وادَّعى الحُرِّيّةَ لا يُقبَلُ قولُه؛ لأنه ظَهَر الرِّقُّ عليه في حال صِباه، فلا يُنقَضُ الأمرُ الثّابتُ ظاهِرًا بلا حُجّةٍ.

عَشَرةُ أبياتٍ من دارٍ في يَده، وبَيتٌ في يَد آخَرَ: نُصِّف ساحَتُها[1].

عشَرةُ أبياتٍ من دارٍ في يَد رَجُلٍ، وبيتٌ في يَد آخرَ.. تَنازَعا في السّاحة: فالسّاحةُ بينَهما نِصفان؛ لأنهما سَواءٌ في استِعمال السّاحةِ؛ لأن استِعمالَ السّاحةِ بالْمُرور، وهما في حقِّ الْمُرورِ سِيّانِ، ولعل مُرورَ صاحِبِ القَليلِ أكثرُ، بأن كان وَلّاجًا خَرّاجًا.

على أن التَّرجيحَ لا يَقَعُ بكَثرة ما هو من جِنس العِلّةِ، وصار كالطَّريق، يَستَوي فيه صاحِبُ الدّارِ والْمَنزِلِ والبيتِ.

ادَّعى كلٌّ أرضًا أنها في يَده، ولَبَّنَ[2] أَحَدُهما فيها، أو بَنى، أو حَفَر: فهي في يَده، كما لو بَرْهَن أنها في يَده.

أرضٌ ادَّعاها رَجُلان -أي يَدَّعي كلُّ واحِدٍ منهما أنها في يَده-: لم يُقضَ بأنها في يَد أحَدِهما إلا بالبَيِّنة؛ لأن اليدَ حقٌّ مَقصودٌ يَستحِقُّ الإنسانُ بها حقًّا مَقصودًا، كالْمِلك، ولو ادَّعيا الْمِلكَ لا يُقضى لأحَدهما بلا بَيِّنةٍ، كذا هنا.

---

(١) ساحة الدار: الموضع المتسع أمامها، والجمع ساحات وساح، مثل: ساعة وساعات وساع. «المصباح» ١/ ٢٩٤.

(٢) أي بنى اللَّبِن فيها، واللبِن بكسر الباء: ما يعمل من الطين ويبنى به، الواحدة لبنة، ويجوز التخفيف، فيصير مثل حمل. «المصباح» ٢/ ٥٤٨.

ولأن اليدَ غيرُ مُشاهَدٍ فيها؛ لتَعذُّر إحضارِها، وما غاب عن عِلم القاضِي فالبَيِّنةُ تُبيِّنُه[١].

ولأنه جاز أن تكونَ في يَد غيرِهما، فلو قُضِي لهما أو لأحَدهما باليَد: تَبطُلُ[٢] يدُ صاحِبِ اليدِ بلا حُجّةٍ، وإنه لا يَجوزُ.

فإن أَقام أحَدُهما البيِّنةَ: جُعِلت في يَده؛ لأنه نَوَّر[٣] دَعواه بالحُجّة، وجَعَل الآخَرَ خارِجًا، وإن أَقاما البيِّنةَ: قُضِي باليَد لهما؛ اعتِبارًا لليَد بالْمِلك.

وإن لَبَّن أحَدُهما في الأَرض لَبِنًا وهو فيها، أو بَنى، أو حَفَر فيها: فهي في يَده؛ لأن من ضَرورة الاستِعمالِ إثباتَ اليدِ، كالرُّكوب في الدَّوابّ، واللُّبسِ في الثِّياب.

ادَّعى دارًا[٤] إرثًا، أو شِراءً، فشَهِدا بمِلكٍ مُطلَقٍ، أو هِبةٍ: لَغَت، وبعَكسه: لا.

ادَّعى دارًا إرثًا أو شِراءً، فشَهِدا بمِلكٍ مُطلَقٍ: لم تُقبَل، وبعَكسه: تُقبَلُ.

ويَنبَغي للقاضِي أن يَسأَلَ الْمُدَّعيَ: أتَدَّعي الْمِلكَ بهذا السَّببِ الذي شَهِد به الشُّهودُ أم تَدَّعيه بسبَبٍ آخرَ؟ إن قال: (أدَّعيه بهذا السَّبَبِ): تُقبَلُ شَهادةُ شُهودِه، ويُقضى له بالْمِلك بهذا السَّبَبِ، وإن قال: (أدَّعيه بسبَبٍ آخرَ)، أو قال: (لا أدَّعيه بهذا السَّبَب): لا تُقبَلُ شَهادةُ شُهودِه، ولا يُقضى له بالْمِلك.

والأصلُ: أن الشُّهودَ إذا شَهِدوا بأكثَرَ من الدَّعوى صار الْمُدَّعي مُكَذِّبًا لهم،

---

(١) في (ج): بينته.

(٢) في سوى (ب) و(ج): لا تبطل. وعبارة «الفتح» ٨/ ٢٩٠ نقلاً عن «الكافي» هنا: لأبطل حق صاحب اليد بلا حجة.

(٣) في (ب): قوى.

(٤) في (ف): عينًا.

فبطَلَت شَهادتُهم، وإذا شَهِدوا بأقَلَّ مما ادَّعى الْمُدَّعي تُقبَلُ.

والْمِلكُ الْمُطلَقُ أزيَدُ من الْمُقيَّد؛ لأنه يَثبُتُ[1] من الأَصل، والْمِلكَ بسبَبٍ[2] يَقتصِرُ على أَدنى ما يُمكِنُ؛ لأن السَّبَبَ من الحَوادِث؛ ألا تَرى أن القَضاءَ بالْمِلك الْمُطلَقِ يُوجِبُ استِحقاقَ الزَّوائِدِ، والقَضاءَ بمِلكٍ بسبَبٍ لا يُوجِبُ استِحقاقَ شيءٍ من الزَّوائِد إلا بتَاريخٍ.

قُضِي له بدارٍ، فأقَرَّ أنها لفُلانٍ، لا حقَّ لي فيها، وصُدِّق: تُدفَعُ إليه، ولا يَضمَنُ، ولو في مَجلِسه[3].

قُضِي له بدارٍ، فأقَرَّ أنها مِلكُ لفُلانٍ لا حقَّ لي فيها، وصَدَّقه الْمُقَرُّ له: فهي للمُقَرِّ له، ولا يَضمَنُ الْمُقِرُّ وإن كان في مَجلِس القَضاءِ؛ لأنه يُحتمَلُ أنه باع منه قبلَ القَضاءِ بشَرط الخِيارِ، ثم غَصَب الْمَقضيُّ عليه الدّارَ منه، فوافَق مُضِيُّ الْمُدّةِ مَجلِسَ القَضاءِ.

ولو قال: (ما كانَت لي قطُّ)، وصُدِّق: يُنقَضُ، وتُرَدُّ.

ولو قال: (ما كانت لي قطُّ، ولكنها لفُلانٍ)، وصَدَّقه الْمُقَرُّ له: يُنقَضُ القَضاءُ، وتُرَدُّ الدّارُ على الْمَقضيِّ عليه، ولا شيءَ للمُقَرِّ له؛ لأن الْمُقِرَّ والْمُقَرَّ له تَصادَقا أن الشُّهودَ زورٌ، وأن القَضاءَ باطِلٌ، وأن إقرارَه باطِلٌ حَصَل في مِلك الغيرِ.

ولو قال الْمُقَرُّ له: (هي للمُقِرّ، ولكن اشتَريتُ منه): فهي للمُقَرِّ له، وضَمِن الْمُقِرُّ قِيمتَها للمَقضيِّ عليه.

---

(١) في (ج) و(هـ): ثبت.

(٢) في (أ) و(ب): سبب.

(٣) في (ف): ولو في عكسه.

ولو قال الْمُقَرُّ له بعدَما قال الْمُقِرُّ: (ما كانت لي قطُّ، هي للمُقِرّ، ولكن اشتَريتُها منه): فهي للمُقَرِّ له، وضَمِن الْمُقِرُّ قِيمتَها للمَقضيِّ عليه؛ لأن إقرارَه صَحّ؛ إذ القاضِي قَضى له بالدّار، فكان مُقِرًّا بما هو مَملوكٌ.

وقولُه: (ما كانت لي قطُّ) يَضمَنُ بُطلانَ الإقرارِ والرُّجوعِ عنه، وقد كَذَّبه الْمُقَرُّ له في ذلك، فلم يَبطُل إقرارُه في حقِّ الْمُقَرِّ له، ويَجِبُ على الْمُقِرِّ قِيمةُ الدّارِ للمَقضيِّ عليه؛ لأن في زَعم الْمُقِرِّ أن الدّارَ مِلكُ الْمَقضيِّ عليه، وأن القاضِيَ أخطَأَ في قَضائه بالدّار لي، وقد عَجَز عن ردِّها بإقراره، فيَضمَنُ قِيمتَها.

ولو قال قبلَ القَضاءِ: (هي لفُلانٍ)، وصُدِّق: لم يُقضَ له، إلا أن يَقولَ مُتَّصِلًا: (بِعتُها منه بعدَ الشَّهادةِ).

ولو قال قبلَ القَضاءِ: (هي لفُلانٍ)، وصَدَّقه: لم يُقضَ له؛ لأن قولَه: (لفُلانٍ) يَحتمِلُ النَّفيَ من الأَصل، فيَكونُ إكذابًا للشُّهود، فلا يَجوزُ القَضاءُ، ويَحتمِلُ أنها لفُلانٍ لأنّي مَلَّكتُها منه بعدَ الشَّهادةِ، فلا يَكونُ إكذابًا، فيَجوزُ[1] القَضاءُ، فلا يُقضى بالشَّكّ.

إلا أن يَقولَ مُتَّصِلًا: (بِعتُها منه بعدَ الشَّهادةِ)؛ لأنه بهذا البَيانِ انتَفى احتِمالُ أنه ليس له من الأَصل.

وإنما شُرِط الاتِّصالُ: لأنه بَيانٌ مُغيِّرٌ[2].

أَقَرَّ له بدارٍ، فقال: (ما كانَت لي قطُّ، ولكنها لفُلانٍ)، وصُدِّق: تُدفَعُ إليه، ولو مَفصولًا لا.

(١) في (هـ): فلا يجوز.

(٢) في (هـ): معتبر.

أَقَرَّ ذو اليدِ لرَجُلٍ بدارٍ، فقال الْمُقَرُّ له: (ما كانت لي قطُّ، ولكنها لفُلانٍ) مَوصولًا، وصَدَّقه الْمُقَرُّ له الثّانِي: تُدفَعُ إلى الْمُقَرِّ له الثّانِي؛ لأن الأوَّلَ والثّانيَ يَنفِيان، والثّالثَ يَدَّعي، ولا مُزاحِمَ له.

ولو مَفصولًا لا، أي لو قال الْمُقَرُّ له: (ما كانت لي قطُّ) وسَكَت، ثم قال: (هي لفُلانٍ): فإنها للمُقَرِّ الأوَّلِ؛ لأنه ارتَدَّ إقرارُه بالسُّكوت.

ادَّعى دارًا إرثًا عن أبِيه، فشَهِدا أنه مات فيها، أو كانَت دارَه مات فيها، أو مات وهو جالِسٌ على هذا الفِراشِ، أو نائِمٌ: لَغَت، بخِلاف السُّكنى، واللُّبسِ، والرُّكوبِ، والحَمْلِ.

ادَّعى دارًا إرثًا عن أبِيه، فشَهِدا[1] أن أَباه مات فيها، أو أنها كانت دارَه مات فيها، أو كانت لأبِيه مات فيها، أو مات وهو جالِسٌ على هذا الفِراشِ، أو قاعِدٌ، أو نائِمٌ: لا تُقبَلُ؛ لأنهما لم يَشهَدا بالْمِلك ولا باليَد الدّالّةِ عليه.

ولو شَهِدا أنه ساكِنٌ في هذه الدّارِ، أو لابِسٌ هذا الثَّوبَ، أو هذا الخاتَمَ، أو راكِبٌ هذه الدّابّةَ، أو حامِلٌ لهذا الثَّوبِ: تُقبَلُ؛ لأنهما شَهِدا على اليَد الْمُتصرِّفةِ.

في يَد زَيدٍ دارٌ، بَرْهَن بَكرٌ أنها له إرثًا، وأَخُو زَيدٍ أنها له ولزَيدٍ إرثًا: فرُبُعُها للأَخ، والباقِي لبَكرٍ[2] إن أنكر، أو صَدَّق بعدَما بَرْهَنا، وقبْلَه: كلُّها لبَكرٍ.
ولو قُضِي له والأَخُ غائِبٌ، فحَضَر وبَرْهَن: فالنِّصفُ له، وكذا لو أَقَرَّ زَيدٌ بعدَما بَرْهَن، وقبْلَه: كلُّها لبَكرٍ.

في يَد زَيدٍ دارٌ، بَرْهَن بكرٌ أنها له إرثًا من أبِيه، وبَرْهَن أخُو زيدٍ أنها له ولزيدٍ إرثًا عن

(١) في (ج): فشهد.

(٢) في (ف): لزيد.

أبيهما، وذو اليدِ يُنكِرُهما: فرُبُعُها للأخ، وثَلاثةُ أرباعِها لبكرٍ؛ لأن الأخَ لا يَدَّعي إلا النِّصفَ، فسَلِم النِّصفُ لبكرٍ، ونِزاعُهما في النِّصف سَواءٌ.

وإن صَدَّق ذو اليدِ بما ادَّعى أخُوه بعدَما بَرْهَنا: فكذلك؛ لأنه ثَبَت لهما الاستِحقاقُ أرباعًا، فلا يَبطُلُ بإقراره.

وإن كان قبلَه: فالكلُّ لبكرٍ، سَواءٌ كان الأخُ حاضِرًا أو غائِبًا؛ لأن ذا اليدِ بإقراره أنها ميراثٌ انتَصَب خصمًا عن جَميع الوَرَثةِ، وصارا صاحِبَي اليدِ، فكانت بَيِّنةُ الخارِجِ أَولى.

دارٌ لثَلاثةٍ، مات أحَدُهم، فبَرْهَن رَجُلٌ أنه أخُوه، وقُضِي له، ثم ادَّعى آخَرُ أنه ابنُه، وصَدَّقه الشَّريكان: لا يَدخُلُ في نَصيبِهما قبلَ القِسمةِ، وبعدَها يَدخُلُ، كما لو أخَذ بلا حُكمٍ، بخِلاف الْمِثليِّ.

دارٌ لثَلاثةٍ، مات أحَدُهم، فبَرْهَن رَجُلٌ أنه أخُو الميْتِ، وقُضِي له، ثم ادَّعى آخَرُ أنه ابن الميْتِ، وكَذَّبه الأخُ، وصَدَّقه الشَّريكان: فلا سَبيلَ له على ما في يَد الأخِ قبلَ إقامةِ البيِّنةِ؛ لأنه مُكذَّبٌ له، وبمُجرَّد الدَّعوى لا يَستحِقُّ شيئًا.

فإن أراد أن يَدخُلَ مع الشَّريكَين في نَصيبِهما بإقرارهما: لم يكن له ذلك؛ لأن القاضِيَ جَعَل نَصيبَ الميْتِ في يَد أخِيه بقَضائه، فهما[1] وإن أقَرّا بأنه ابنُ الميْتِ -فإنما أقَرّا بنَصيبِ الميْتِ وليس في يَدهما شيءٌ من نَصيب الميْتِ، فلا سَبيلَ له عليهما قبلَ القِسمةِ وبعدَ القِسمةِ، بقَضاءٍ أو بغَيره- يَدخُلُ الابنُ في نَصيبِهما؛ لأن القِسمةَ في غَير الْمِثليّاتِ مُبادَلةٌ حُكمًا، فكان بعضُ ما للمَيْتِ[2] في أيدِيهما عِوَضًا عما كان لهما، كما لو أخَذ الأخُ بلا حُكمٍ، فإنه يَدخُلُ في نَصيبِهما قبلَ القِسمةِ؛ لأنهما أقَرّا أن الأخَ غَصَب

---

(١) في (هـ): فهما سواء.

(٢) في (هـ): مال الميت.

منهما الثُّلُثَ شائِعًا؛ إذ الفِعلُ الحِسِّيُّ إنما يَرِدُ على البَعض الْمُعيَّنِ من الجُملة، فبَقِي الباقِي مُشتركًا.

بخِلاف الْمِثليِّ، أي لو كان مِثليًّا، كالْمَكيل والْمَوزونِ: لا يُشارِكُهما؛ لأنها إقرارٌ[1] محضٌ.

تَرَكَ ثَلاثةَ أعبُدٍ قِيمتُهم[2] سَواءٌ، بَرْهَن زَيدٌ أنه أَوصى له بهذا، وأقَرَّ[3] الوارِثُ لبَكرٍ بغَيره وَصِيّةً: قُضِي لزَيدٍ، ولا شيءَ لبَكرٍ، إلا أن يَصِلَ إليه بشِراءٍ، وهِبةٍ، وإرثٍ، فلو اشتَراه الوارِثُ به: غَرِم قِيمتَه، فلو أعتَقه قبلَ القَضاءِ: نَفَذ، فإن قُضِي: ضَمِن للوارِث، وبعدَه لا.

مات وتَرَك ثَلاثةَ أعبُدٍ قِيمتُهم سَواءٌ، ولا مالَ له غيرُهم، بَرْهَن زيدٌ أنه أوصَى له بهذا العبدِ، وأقَرَّ الوارِثُ لبكرٍ بغَيره وصِيّةً، وأنكَر الأوّلُ: قُضِي لزيدٍ؛ لأن البيِّنةَ حُجّةٌ مُطلَقةٌ، ولا شيءَ لبكرٍ؛ لأن الإقرارَ حَصَل على وَجه الوصِيّةِ، وكلُّ الثُّلُثِ صار مُستحَقًّا لغَيره، إلا أن يَصِلَ إليه بشِراءٍ أو هِبةٍ أو إرثٍ، فإنه يَدفَعُه إلى الْمُقَرِّ له؛ لعَود محَلِّ الوصِيّةِ.

فلو اشتَرى الوارِثُ العبدَ الْمَقضيَّ به بالذي أقَرَّ به وصِيّةً: غَرِم الوارِثُ قِيمةَ الْمُقَرِّ به للمُقَرِّ له[4]؛ لأنه زَعَم أنه وَصَل إليه لا بالشِّراء، وقد فَوَّت الْمُقَرَّ به، فغَرِم قِيمتَه.

فلو أعتَقه الْمُقَرُّ له قبلَ أن يُقضى به للمُدَّعي نَفَذ؛ لأنه مِلكُه ظاهِرًا؛ إذ الإقرارُ

---

(١) في (أ): إفرازٌ.

(٢) في (م) و(س): قيمهم.

(٣) في (م) و(ف): أو أقر.

(٤) في (ب): للمقر.

يُوجِبُ الحقَّ بنفسه، فما لم يَبطُل بقَضاء القاضِي كان الْمِلكُ في الْمُقَرِّ به للمُقَرِّ له ثابتًا، فلهذا نَفَذ عتقُه.

فلو قُضِي لصاحِب البَيِّنةِ ضَمِن الْمُعتِقُ للوارِث قِيمتَه؛ لأنه وَجَب ردُّه، وقد عَجَز.

ولو أعتَقه بعدَ القَضاءِ لا يَنفُذُ؛ لاستِحقاق المحَلِّ.

تَرَك عبدًا، فأقَرَّ به وَصِيَّةً، ثم ثَبَت الدَّينُ، وبِيعَ فيه، أو جُعِل بدَينه، ووَصَل إليه: سَلِم له، ولو وَصَل ثَمَنَه أو مِثلَه إرثًا أو وَصِيَّةً: لا.

ولو تَرَك عبدًا واحِدًا، فأقَرَّ الوارِثُ أنه أوصَى به لهذا، وأجَزتُ بعدَ موتِه، وأقام رَجُلٌ البَيِّنة أن له على الميْت ألفًا، وقِيمةُ العبدِ ألفٌ، وبِيعَ فيه، أو جُعِل بدَينه، ووَصَل العبدُ إلى الوارِث بشِراءٍ ونحوِه: سَلِم له.

ولا يُؤمَرُ بالتَّسليم إلى الْمُقَرِّ له[1]؛ لأن مِن زعمِه أن الدَّينَ باطِلٌ، فليس للقاضِي بيعُه بالدَّين، ولكن له وِلايةُ البيعِ بطَريق الحِفظِ؛ لأن للقاضِي وِلايةَ الحِفظِ إذا لم يكن للتَّرِكة حافِظٌ، كما في حال غَيبةِ الوارِثِ، وهنا لَمّا حَكَم بالدَّين قَطَع يدَ الْمُوصَى له، ويدُ الوارِثِ مُنقطِعةٌ، وليس للتَّرِكة حافِظٌ، فأشبَه ذلك غَيبةَ الوارِثِ.

وإذا نَفَذ البيعُ بَطَل حقُّ الْمُوصَى له عن العَبد، وانتَقَل إلى الثَّمَن.

ولو مات الغَريمُ، فوَرِثه هذا الوارِثُ.. فإن أَصاب ذلك الألفَ بعَينه: فالْمُوصَى له أحَقُّ به؛ لانتِقال حقِّ الْمُوصَى له إلى الثَّمَنِ، إلا أن الْمَشهودَ له أخَذه بغَير حقٍّ، فإذا وَصَل إلى يَده سَلَّمه إليه.

وإن أَصاب مالًا آخرَ: فالْمُوصَى له أحَقُّ به أيضًا؛ لأنَّ مِن زعمِ الوارِثِ أن الْمَشهودَ له أخَذ ألفًا هو حقُّ الْمُوصَى له، فصار ذلك دَينًا عليه، فإذا مات كان غَريمُه أحَقَّ بتَرِكته

---

(1) في (ب): إلى المقر.

من الوارِث.

وكذا لو لم يَرِثه، ولكن أَوصى له به أو بمالٍ آخرَ؛ لتَقدُّم الدَّينِ على الوَصِيّة.

أُمُّ وَلَدٍ قَتلت سَيِّدَها: تَعتِقُ بلا سِعايةٍ، وتُقتَصُّ، إلا إذا بَقِي وَلَدُها.

أُمُّ ولَدٍ قَتلت سيِّدَها عمدًا: تَعتِقُ بلا سِعايةٍ، وتُقتَلُ قِصاصًا، إلا إذا بَقِي ولَدُها؛ لأنه سَقَط نَصيبُه.

فلو أقَرَّ أحدُ الوَرَثةِ -وهم ثَلاثةٌ- أنه مات بعدَ قتلِها: لم تُقَد، فإن كَذَّبَتْه: فلا شيءَ له، وإن صَدَّقَتْه: فالثُّلُثُ بينَهما على سِتّةٍ وعِشرين، لها ثَلاثةٌ، والباقِي له، ولهما ثُلُثا القِيمةِ بكلِّ حالٍ.

فلو أقَرَّ أحدُ الوَرَثةِ -وهم ثَلاثةٌ- أنه كان لها ابنٌ من الميْت مات بعدَ[1] قتلِه: لم تُقَد[2].. فإن كَذَّبَتْه: فلا شيءَ للمُقِرِّ عليها؛ لأنه أقَرَّ بسُقوط القَوَدِ، وادَّعى انقِلابَ نَصيبِه مالًا، فلا يُسمَعُ عليها، وإن صَدَّقَتْه: فثُلُثُ قِيمتِها بينَها وبينَ الْمُقِرِّ على سِتّةٍ وعِشرين، لها ثَلاثةٌ تُحَطُّ عنها، وتَسعى للمُقِرِّ[3] في الباقِي.

وللمُنكِرَين ثُلُثا القِيمةِ[4] بكلِّ حالٍ؛ وهذا لأن الحُكمَ في حقِّهما لا يَتغيَّرُ بإقرار الْمُقِرِّ، فكان لهما الثُّلُثان.

ثم في زَعم الْمُقِرِّ والأُمِّ[5] أن القِسمةَ أرباعٌ، رُبُعٌ منه لابن[6] الميْتِ، وذا مَقسومٌ

(١) في (أ): ثم.

(٢) في (د): بعد قتلها لم تقتل.

(٣) في (ب): للمقر له.

(٤) في (ب): القسمة.

(٥) في (ب): والأمر.

(٦) في (أ) و(هـ): للابن.

بينَ الأُمِّ والبَنِينَ الثَّلاثةِ[1]، لها السُّدُسُ، والباقِي للإخوة أثلاثًا، فجَعَلنا ذلك الرُّبُعَ على سِتَّةٍ؛ لحَاجتنا إلى السُّدُس، فسهمٌ منها[2] للأُمّ، وبَقِيت خَمسةٌ بينَ ثَلاثةٍ، لا تَستقيمُ، فنَضرِبُ ثَلاثةً في سِتّةٍ، فتَصيرُ ثَمانيةَ عشَرَ، وإذا صار نَصيبُ الابنِ الميْتِ ثَمانيةَ عشَرَ صار نَصيبُ كلِّ ابنٍ ثَمانيةَ عشَرَ، والكلُّ اثنان وسَبعون.

إلا أن الْمُنكِرَين أخَذا زِيادةً على حقِّهما؛ لأن حقَّهما في النِّصف سِتّةٍ وثَلاثِين، وهما قد أخَذا الثُّلُثَين ثَمانيةً وأربَعين، فقد أخَذا سُدُسًا زائِدًا بغَير حقٍّ، وهو اثنَا عشَرَ، فتَوِي ذلك على الْمُقِرِّ والأمةِ، ونَصيبُ الْمُقِرِّ من الأَب ثَمانيةَ عشَرَ، ومن الأَخ خَمسةٌ، ونَصيبُها ثَلاثةٌ، فيَكونُ سِتّةً وعِشرين، فيُجعَلُ الثُّلُثُ الباقِي على سِتّةٍ وعِشرين، ثَلاثةُ أسهُمٍ لها، تَسقُطُ عنها، وسَعَت في ثَلاثةٍ وعِشرين للمُقِرّ.

ولو كانُوا أربَعةً، ومات أحَدُهم بعدَ قتلِه، فأقَرَّ أحَدُهم أنها أُمُّ الميْتِ، وهذا ابنُه، وكَذَّبَتْه: لم تَسْعَ له، وإن صَدَّقَتْه دونَه: فنِصفُ السُّدُسِ بينَها والْمُقِرِّ على ثَمانيةٍ، له خَمسةٌ، وإن صَدَّقاه: فنِصفُ السُّدُسِ بينَها والغُلامِ على سِتّةٍ، له خَمسةٌ، وتَسعى للمُقِرِّ[3] في رُبُع قِيمتِها.

ولو كانُوا أربَعةً، فمات أحَدُهم بعدَ قتلِه، فأقَرَّ أحدُ الثَّلاثةِ أنها أُمُّ الميْتِ الثّانِي، وهذا ابنُ الميْتِ الثّانِي، وكَذَّبَتْه: لم تَسْعَ له، وإن صَدَّقَتْه وكَذَّبه الغُلامُ: فنِصفُ السُّدُسِ بينَ الأُمّ والْمُقِرِّ على ثَمانيةٍ، له خَمسةٌ، ولها ثَلاثةٌ، على ما مَرّ.

وإن صَدَّقاه: فنِصفُ السُّدُسِ من قِيمتها يُقسَمُ بينَها وبينَ الغُلامِ على سِتّةٍ، له

---

(١) في (د): بين الأم والمقر من الثلاثة.

(٢) في (ب): منهما.

(٣) في (ف): للمقر له.

خَمسةٌ، ولها سهمٌ، وتَسعى للمُقِرِّ في رُبُع قِيمتِها؛ لأنه نَصيبُه باتِّفاقهما.

ادَّعى دارًا إرثًا، وادَّعاها وارِثُ ذِي اليدِ، وبَرْهَنا، ومات، فزُكِّيَا: قُضِي بينَهما.

ادَّعى دارًا إرثًا، وادَّعاها وارِثُ ذي اليدِ أيضًا، وبَرْهَن كلُّ واحِدٍ منهما على أنها دارُ أبِيه مات وتَركها مِيراثًا له، ومات ذو اليدِ قبلَ القَضاءِ، فزُكِّيت البيِّنتان: قُضِي بينَهما؛ لأن سببَ الاستِحقاقِ قائِمٌ لهما، فبَقِي الوارِثُ خارِجًا مَعنًى.

فلو زُكِّيَت بيِّنةُ أحَدِهما، وقُضِي بها: بَطَلت بيِّنةُ الآخَرِ، إلا أن يُعِيدَها عليه.

فلو زُكِّيت بيِّنةُ أحَدِهما، وقُضِي بها: بَطَلت بيِّنةُ الآخرِ؛ لأن البيِّنتَين قَامتا معًا، فالقَضاءُ لأحَدهما يَتضمَّنُ ردَّ الآخَرِ، إلا أن يُعيدَها عليه، فيُقضى له.

فلو بَرْهَن الأجنَبيُّ في حَياته، والوارِثُ بعدَ مَوتِه، فزُكِّيَا: استَويا، وبعَكسه: قُدِّم الأجنَبيُّ، كما لو أعرَضا عن شَهادة الحَياةِ.

فلو بَرْهَن الأجنَبيُّ في حَياته، والوارِثُ بعدَ موتِه، فزُكِّيَا: استَويا، وقُضِي بينَهما نِصفَين، وبعَكسه: قُضِي للأجنَبيِّ؛ لأن استِحقاقَه لا يَمنَعُ يدَه، فبَقِي الأجنبيُّ خارِجًا.

ولو أَقام كلُّ واحِدٍ منهما شاهِدَين بعدَ موتِه: قُضِي للأجنَبيِّ؛ لأنهما أعرَضا عن شَهادة الحَياةِ.

ولو أَقام كلٌّ شاهِدًا في حَياته، وشاهِدًا بعدَ مَوتِه: استَويا.

ولو أَقام كلُّ واحِدٍ شاهِدًا في حَياته وشاهِدًا بعدَ موتِه: استَويا، واللهُ أعلَمُ.

بَابُ دَعْوَى النَّسَبِ

بابُ دَعوى النَّسَبِ

الأصلُ: أن دِعوةَ[1] الاستيلادِ أَولى من دِعوة[2] التَّحريرِ؛ لأنها أسبَقُ.

ودِعوةُ الاستيلادِ: أن يَكونَ العُلوقُ في مِلك الْمُدَّعي.

ودِعوةُ التَّحريرِ: أن لا يَكونَ العُلوقُ في مِلك الْمُدَّعي.

وَلَدَت لأقَلِّ مُدّةِ الحملِ مُذْ بِيعَت، فادَّعاه البائِعُ، لا أبُوه: فهو ابنُه(ز ف)، وهي أُمُّ وَلَدِه، وفُسِخ البيعُ، ورُدَّ الثَّمَنُ.

باع أمةً، فوَلَدت لأقَلَّ من سِتّة أشهُرٍ مُذ بِيعَت، فادَّعاه البائِعُ: فهو ابنُ البائِعِ، وأُمُّه أُمُّ ولَدِه، ويُفسَخُ البيعُ، ويُرَدُّ الثَّمَنُ.

والقِياسُ: أن لا يَثبُتَ النَّسَبُ من البائِع إذا لم يُصدِّقه الْمُشتَري، وبه أخَذ زفرُ والشّافعيُّ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ؛ لأن البائِعَ مُناقِضٌ في كَلامه ساعٍ في نَقض ما تَمَّ به، وهو البيعُ؛ إذ الإقدامُ على البَيع اعتِرافٌ منه بجَوازِه، والتَّناقُضُ يُبطِلُ الدَّعوى، ولا نسَبَ بدُون الدَّعوى، وصار كما لو ادَّعى أبُ[3] البائِعِ الولَدَ، وكَذَّبه الْمُشتَري، فإنه لم يَثبُت النَّسَبُ.

(١) في (هـ): دعوى.

(٢) في (هـ): دعوى.

(٣) في (أ): أن.

ولنا: أنه أمكن إثباتُ النَّسَبِ منه، فيَثبُتُ؛ وهذا لأنّا تيقّنّا بحُصول العُلوقِ في مِلكه لَمّا وَلَدت لأقَلَّ من سِتّة أشهُرٍ، وذا يَنزِلُ مَنزلةَ البيِّنةِ العادِلةِ في إثبات النَّسَبِ منه؛ إذ الظّاهرُ عدَمُ الزِّنى منها، وأمرُ النَّسَبِ على الخَفاء، فقد يَظُنُّ المرءُ أن العُلوقَ ليس منه، ثم يَظهَر له أنه منه، فكان عُذرًا له في إسقاط اعتِبارِ التَّناقُضِ.

كعبدٍ كاتَبه سيِّدُه، ثم بَرْهَن أن مَولاه كان حَرَّره قبلَ الكِتابةِ، فإنه يُقبَلُ، وبَطَلت الكِتابةُ، ولـم يُعتبَر التَّناقُضُ؛ لخَفاء الإعتاقِ، وأمرُ العُلوقِ أخفى، فالعُذرُ فيه أقوى.

وإذا صَحَّت الدِّعوةُ استنَدت إلى وَقت العُلوقِ، فيَظهَرُ أنه باع أُمَّ ولَدِه، فيُفسَخُ البيعُ؛ لامتِناع جَوازِ بيعِ أُمِّ الولَدِ، ويُرَدُّ الثَّمَنُ؛ لأن سَلامةَ الثَّمَنِ مَبنيّةٌ على سَلامة الْمَبيعِ.

بخِلاف أبِ البائعِ؛ لأنه لم يَنعقِد العُلوقُ على مِلكه، وكان له حقُّ التَّملُّكِ على وَلَده، وقد زال ذلك بالبَيع.

وإن ادَّعاه الْمُشتَري معه، أو بعدَه، وكذا إن ماتَت(سم)، وإن مات لا، بخِلاف بيعِه(ز).

وإن ادَّعاه الْمُشتَري مع دِعوةِ البائعِ أو بعدَه: فدِعوةُ البائعِ أَولى؛ لأنها أسبَقُ؛ لاستِنادها إلى وَقت العُلوقِ؛ وهذا لأن دِعوةَ البائعِ دِعوةُ استيلادٍ؛ لأن أصلَ العُلوقِ في مِلكه، ودِعوةَ الْمُشتَري دِعوةُ تحريرٍ؛ إذ أصلُ العُلوقِ لم يكن في مِلكه، ودِعوةُ الاستيلادِ أقوى؛ لاستِنادها إلى وَقت العُلوقِ، واقتِصارِ دِعوةِ التَّحريرِ على الحال، فدِعوةُ البائعِ سابِقةٌ مَعنًى، فكانت أولى.

وكذا إن ماتت الأمُّ، فادَّعاه البائعُ، وقد وَلَدت لأقَلَّ من سِتّة أشهُرٍ: ثَبَت[1] نَسَبُ الولَدِ، وأخَذه البائعُ؛ لأن الولَدَ هو الأصلُ في النَّسَب؛ لأنها تَستفيدُ الحُرِّيّةَ منه؛ ألا

(١) في (ب) و(هـ): يثبت.

تَرى إلى قَوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «أعتقَها ولَدُها»[1]، والثّابتُ لها حقُّ الحُرِّيّةِ، وله حَقيقةُ الحُرِّيّةِ، والحَقيقةُ أَقوى من الحقّ، فتَستتبعُ الأَدنى، ولا يَضُرُّه فَواتُ البيعِ.

ويَرُدُّ الثَّمَنَ كلَّه عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه ظَهَر أنه باع أُمَّ ولَدِه، وهي غيرُ مُتقوَّمةٍ عندَه في البَيع والغصبِ، فهَلَكت عندَ الْمُشتَري غيرَ مَضمونةٍ، وانتَقَض البيعُ، فيَرُدُّ كلَّ الثَّمَن.

وعندَهما: يَرُدُّ حِصّةَ الولَدِ، ولا يَرُدُّ حِصّةَ الأُمِّ؛ لأنها مُتقوَّمةٌ عندَهما، فيَضمَنُها.

وإن مات الولَدُ، فادَّعاه البائِعُ، وقد وَلَدت لأَقَلَّ من سِتّة أشهُرٍ: لم يَثبُت نسَبُه؛ لاستِغنائه بالْمَوت عن[2] النَّسَب، ولم تَصِر أُمَّ ولَدِه؛ لأن الاستيلادَ فرعُ النَّسَبِ، فلو ثَبَت لكان أصلًا، وهذا لا يَجوزُ.

بخِلاف بيعِه؛ فإنه إذا باع عبدًا وُلِد عندَه، ثم باعه الْمُشتَري من آخرَ، ثم ادَّعاه البائِعُ الأوَّلُ أنه ابنُه: فهو ابنُه، وبَطَل البَيعان، وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا تَصِحُّ دِعوتُه؛ لأنه مُناقِضٌ.

ولنا: أن اتِّصالَ العُلوقِ بمِلكه كالبَيِّنة، والبيعُ يَحتمِلُ النَّقضَ، وما له من حَقِّ الدِّعوةِ لا يَنتقضُ[3] البيعُ لأَجله.

وكذا لو كاتَب الولَدَ[4]، أو رَهَنه، أو آجَره، أو كاتَب الأُمَّ، أو رَهَنها، أو زَوَّجها، ثم كانت الدِّعوةُ؛ لأنها تَحتمِلُ النَّقضَ، فيَنتقِضُ كلُّه، وتَصِحُّ الدِّعوةُ، بخِلاف الإعتاقِ، على ما سيَأتي.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في (ب) و(هـ): من.

(٣) في (هـ): فينتقض.

(٤) في (هـ): ولده.

وبخِلاف ما لو ادَّعاه الْمُشتَري أوّلًا، ثم ادَّعاه البائِعُ؛ حيث لا يَثبُتُ النَّسبُ من البائِع؛ لأن النَّسَبَ الثّابتَ من الْمُشتَري لا يَحتمِلُ النَّقضَ، كإِعتاقه.

والعَتَقُ مِثلُ الموتِ.

والعَتَقُ مِثلُ الموتِ، حتى لو حَبِلت أمةٌ في مِلك رَجُلٍ، فباعها، فوَلَدت في يَد الْمُشتَري لأقَلَّ من سِتّة أشهُرٍ مُذ باعها، فادَّعى البائِعُ الولَدَ، وقد أعتَق الْمُشتَري الأُمَّ: فهو ابنُه، ويُحكَمُ بحُرِّيّته، ولا تَصِحُّ في حقِّ الأُمِّ، حتى لا تَصيرُ أُمَّ ولَدِه[1].

ولو كان الْمُشتَري أعتَق الولَدَ: لا تَصِحُّ دِعوتُه لا في حقِّ الولَدِ ولا في حقِّ الأُمِّ.

والفرقُ: أن الْمَقصودَ بالدِّعوة الولَدُ؛ لأنه الْمَقصودُ في إِثبات النَّسَبِ، والأُمَّ تبَعٌ، ولهذا يُنسَبُ الولَدُ إليه بلا واسِطةٍ، والأُمُّ تُنسَبُ إليه بواسِطة الولَدِ.

فإذا أعتَق الْمُشتَري الولَدَ فقد حَلَّ بالوَلَد ما يَمنَعُ الدِّعوةَ، وهو الإعتاقُ؛ لأن إعتاقَ الْمُشتَري صَحَّ ظاهِرًا، ولو صَحَّت دِعوتُه في حقِّ الولَدِ يَبطُلُ إعتاقُه، والعِتقُ بعدَ وُقوعِه وصِحّتِه لا يَحتمِلُ البُطلانَ، فلم تَصِحَّ الدِّعوةُ في حقِّ الولَدِ؛ كيلا يَبطُلَ عتقُ[2] الْمُشتَري، فلا تَصِحُّ في حقِّ الأُمِّ أيضًا؛ لأنها تبَعٌ له.

نعم! للبائِع هنا حقُّ استِلحاقِ[3] النَّسَبِ وإنه لا يَحتمِلُ النَّقضَ أيضًا، ولكن الثّابتُ للمُشتَري حَقيقةُ الإعتاقِ، فسَقَط الحقُّ -لضَعفه- بمُقابَلة الحَقيقةِ -لقُوّتها-.

وإذا أعتَق الْمُشتَري الأُمَّ فقد حَلَّ بالأُمِّ ما يَمنَعُ صِحّةَ الدِّعوةِ، فتَصِحُّ دِعوةُ الولَدِ وإن لم تَصِحَّ في حقِّ الأُمِّ؛ لأن امتِناعَ الحُكمِ في البَيع لا يُوجِبُ امتِناعَه في الأَصل،

(١) في (هـ): أم ولد.

(٢) في (ب) و(ج): حق.

(٣) في (هـ): استحقاق.

وليس من ضَرورة ثُبوتِ نسَبِ الولَدِ وحُرِّيّتِه صَيرورةُ الأُمِّ أمَّ ولَدِه، كولَد الْمَغرورِ، فإنه حُرُّ الأصلِ ثابِتُ النَّسَبِ من الْمُستولِد، وأُمُّه ليست بأُمِّ ولَدِه، بل هي أمةٌ لِمَولاها.

وكما في الْمُستولَدة بالنِّكاح، فإنه إذا استَولَد أمةَ الغيرِ بنِكاحٍ ثَبَت نسَبُه، ولا تَصيرُ الأمةُ[1] أُمَّ ولَدِه.

والتَّدبيرُ مِثْلُ الإعتاقِ؛ لأنه لا يَحتمِلُ النَّقضَ، وقد ثَبَت به بعضُ آثارِ الحُرِّيّةِ، كامتِناع التَّمليكِ من الغَير، وفيما إذا أعتَق الأُمَّ تُرَدُّ عليه حِصّتُه من الثَّمَن عندَهما، وعندَه: يُرَدُّ كلُّ الثَّمَنِ في الصَّحيح، كما في فَصل الموتِ، كذا ذَكَر في «الهِداية».

وذَكَر في «الْمَبسوط»: تُرَدُّ حِصّتُه من الثَّمَن لا حِصّتُها بالاتِّفاق، وفرَّق بينَ الموتِ والعَتقِ.

ووجهُه: أن القاضِيَ كَذَّب البائِعَ فيما زَعَم، حيث جَعَلها مُعتَقةً من الْمُشتَري، فبطَل زعمُه، ولم يُوجَد التَّكذيبُ في فَصل الموتِ، فيُؤاخَذُ بزَعمه، فتُستَرَدُّ[2] حِصّتُها أيضًا.

ولو لأكثَرها: رُدَّت بلا تَصديق الْمُشتَري.

ولو وَلَدت لأكثَرَ من سَنتَين من وَقت البيعِ: رُدَّت دِعوةُ البائِعِ: لأنه لم يُوجَد اتِّصالُ العُلوقِ بمِلكه، وهو الأصلُ في الباب، إلا إذا صَدَّقه الْمُشتَري، فيَثبُتُ النَّسَبُ منه، ويُحمَلُ على أن البائِعَ استَولَدها بحُكم النِّكاحِ؛ حملًا لأمره على الصَّلاح، ويَبقى الولَدُ عبدًا للمُشتَري.

ولا تَصيرُ الأمةُ أُمَّ ولَدٍ للبائِع، كما لو ادَّعاه أجنَبِيٌّ آخرُ؛ لأن بتَصادُقهما أن الولَدَ

---

(١) في (هـ): الأم.

(٢) في (ج): فيرد.

من البائع لا يَثبُتُ كونُ العُلوقِ في مِلكه؛ لأن البائِعَ لا يَدَّعي ذلك، وكيف يَدَّعي والولَدُ لا يَبقى في البَطن لأكثَرَ من سَنتَين؟! فكان حادِثًا بعدَ زَوالِ مِلكِ البائِعِ.

وإذا لم يَثبُت العُلوقُ في مِلك البائِعِ لا تَثبُتُ حَقيقةُ العِتقِ للوَلَد، ولا حَقُّ العِتقِ للأَمة، ولا يَظهَرُ بُطلانُ البيعِ.

ودِعوةُ البائِعِ هنا دِعوةُ تَحريرٍ، وغيرُ المالِكِ ليس بأهلٍ لها.

ولو وَلَدت لأكثَرَ من سِتّة أشهُرٍ من وَقت البيعِ، ولأَقَلَّ من سَنتَين: لم تُقبَل دِعوةُ البائِعِ إلا بتَصديق الْمُشتَري؛ لأنه احتُمِل أن العُلوقَ لم يكن في مِلكه، فلم يُوجَد الشّاهدُ، فلا بُدَّ من تَصديقه، فإن صَدَّقه يَثبُتُ النَّسَبُ، ويَبطُلُ البيعُ، ويَكونُ الولَدُ حُرًّا، والأُمُّ أُمَّ ولَدٍ؛ لأنهما تَصادَقا واحتُمِل أن يَكونَ العُلوقُ في الْمِلك.

ولو تَنازَعا: فالبيِّنةُ له.

ولو تَنازَعا: فالبيِّنةُ للمُشتَري، أي إذا باع أمةً، فوَلَدت عندَ الْمُشتَري، فقال البائِعُ: (بِعتُها منك مُنذُ شهرٍ، والولَدُ مني)، وقال الْمُشتَري: (بِعتَها مني لأكثَرَ من سِتّة أشهُرٍ، والولَدُ ليس منك): فالقولُ للمُشتَري بالاتِّفاق؛ لأن البائِعَ يَدَّعي انتِقاضَ البيعِ، والْمُشتريَ يُنكِرُ.

فإن أقاما البيِّنةَ: فالبيِّنةُ للمُشتَري أيضًا عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه أثبَت زِيادةَ مُدّةٍ في الشِّراء، وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: البيِّنةُ للبائِع؛ لأنه يُثبِتُ نسَبَ الولَدِ، واستِيلادَ الأمةِ، وانتِقاضَ البيعِ، فكان أكثَرَ إثباتًا.

باع أحَدَ التَّوأمَين، وادَّعى الآخَرَ: ثَبَت نَسَبُهما، ولو أعتَقه مُشتَريه: بطَل.

باع أحَدَ التَّوأمَين، وادَّعى الآخَرَ: ثَبَت نسَبُهما، ولو كان أعتَقه مُشتَريه بَطَل عَتقُه.

الأصلُ: أن التَّوأمَين وَلَدان بينَ وِلادتَيْهما أقَلُّ من سِتّة أشهُرٍ، فيَكونان من ماءٍ واحِدٍ؛ إذ لا يُتصوَّرُ عُلوقُ الثّاني حادِثًا؛ إذ لا حَبَلَ أقَلُّ من سِتّة أشهُرٍ، والعُلوقُ على العُلوق مُتعذِّرٌ؛ لأنها إذا حَبِلت يَنسَدُّ فمُ رَحِمِها.

وإذا كان الأمرُ كذلك.. فإذا ادَّعى نسَبَ أحدَ التَّوأمَين ثَبَت نسَبُهما منه؛ لأنهما لا يَنفصِلان نسَبًا، فمن ضَرورة ثُبوتِ نسَبِ أحَدِهما ثُبوتُ نسَبِ الآخرِ.

فإذا كان في يَده غُلامان تَوأمان وُلِدا عندَه، وكان عُلوقُهما عندَه أيضًا، فباع أحَدَهما، فأعتَقَه الْمُشتَري، ثم ادَّعى البائِعُ الغُلامَ الذي عندَه أنه ابنُه: فهما ابناه، وبَطَل عَتقُ الْمُشتَري؛ لأن دِعوةَ البائِعِ صَحَّت في الوَلَد الذي عندَه؛ لِمُصادَفة[1] العُلوقِ والدِّعوةِ مِلكَه، فيَثبُتُ نسَبُه.

وإذا ثَبَت نسَبُه ثَبَت نسَبُ الآخرِ؛ لأنهما خُلِقا من ماءٍ واحِدٍ، وبَطَل عَتقُ الْمُشتَري في الْمُشتَرَى ضَرورةً؛ لأن الذي عندَه ظَهَر أنه حُرُّ الأصلِ، فاقتَضى أن يَكونَ الآخرُ حُرَّ الأصلِ؛ فإنه يَستحيلُ أن يَكونَ أحَدُهما حُرَّ الأصلِ والآخرُ رَقيقًا، وقد خُلِقا من ماءٍ واحِدٍ، فكان هذا نقْضَ الإعتاقِ بأمرٍ فوقَه، وهي الحُرِّيّةُ الثّابتةُ بأَصل الخِلقةِ.

بخِلاف ما لو كان الولَدُ واحِدًا؛ لأن العَتقَ يَبطُلُ ثَمَّ مَقصودًا لحقِّ دِعوةِ البائِع، وإنه لا يَجوزُ؛ لأن ذا حقُّ العَتقِ، وهذا حَقيقتُه، وهنا تَثبُتُ الحُرِّيّةُ في الذي عندَه، ثم تَتعدّى إلى الآخر ضِمنًا وتَبَعًا[2]، فيُستغنَى عن قِيام الوِلايةِ، هذا إذا كان أصلُ العُلوقِ في مِلكه.

فإن لم يكن[3] أصلُ العُلوقِ في مِلك البائِعِ، والمَسألةُ بحالها: يَثبُتُ نسَبُ الولَدَين

(١) في (هـ): بمصادفة.

(٢) في (هـ): وبيعًا.

(٣) في (هـ): وإن لم يكن لم يكن أصل.

من البائِع أيضًا؛ لأن التَّوأمَين لا يَنفكّان نسَبًا، وقد ثَبَت نسَبُ الذي عندَه؛ لِمُصادَفة الدِّعوةِ[1] مِلكَه، فيَثبُتُ نسَبُ الآخرِ ضَرورةً، ويَعتِقُ الذي عندَ البائِعِ على البائِع.

ولا يَبطُلُ عَتقُ الْمُشتَري في الذي عندَه، ولا يَنتقِضُ بيعُه؛ لأن هذه دِعوةُ تَحريرٍ لا دِعوةُ استيلادٍ؛ لافتِقار دِعوةِ الاستيلادِ إلى اتِّصال العُلوقِ بمِلك من يَدَّعيه، وإذا كانت دِعوةَ تَحريرٍ تَقتصِرُ[2] على محَلِّ وِلايتِه، وصار كأن البائِعَ أعتَقهما، فيَعتِقُ مَن في مِلكه فحسبُ، وليس من ضَرورة حُرِّيّةِ أحدِ التَّوأمَين بعَتقٍ عارِضٍ حُرِّيّةُ الآخرِ؛ فلهذا لا يَعتِقُ الذي عندَ الْمُشتَري عليه.

ولو ادَّعى أبُوه، وكَذَّباه: صارَت أُمَّ وَلَدِه بالقِيمة، وثَبَت نَسَبُهما، وعَتَق الباقِي، لا الْمَبيعُ، وكذا لو باع(م) الأُمَّ معه.

ولو وَلَدت تَوأمَين، فباع[3] أحدَ الولَدَين[4]، ثم ادَّعى أبُ البائِعِ[5] الولَدَين، وكَذَّباه: صارت أُمَّ ولَدِه بالقِيمة، وثَبَت نسَبُهما، وعَتَق الذي في يَد البائِعِ، ولا يَعتِقُ الْمَبيعُ؛ لِما فيه من إبطال مِلكِه الظّاهرِ، بخِلاف النَّسَبِ؛ لأنه لا يُتضرَّرُ به، فرقٌ بينَه وبينَ البائِعِ إذا كان هو الْمُدَّعيَ، كما مَرّ.

ووجهُ الفرقِ: أن سببَ دِعوةِ البائِعِ ثابِتٌ في حقِّ الْمُشتَري، وهو العُلوقُ في مِلكه، فإذا عَلِق أحدُهما حُرًّا بدَليلٍ هو حُجّةٌ على الْمُشتَري.. تَعدّى إلى الذي أعتَقه الْمُشتَري، فبَطَل إعتاقُه بعَتقٍ فوقَه.

---

(١) في (هـ): الدعوى.

(٢) في (ب): فيقتصر.

(٣) في (ب): فضاع.

(٤) في (هـ): فباع التوامين.

(٥) في (ب): ادعى البائع.

وهنا حُجّةُ الأبِ حقُّ التَّملُّكِ، وهو ثابتٌ في حقِّ البائِع دونَ الْمُشتَري، فجُعِل في حقِّ الْمُشتَري كتَحريرٍ مُبتدأٍ؛ لعَدَم الحُجّةِ في حقِّه، وأحدُ التَّوأمَين يَنفرِدُ عن الآخَر في التَّحرير الْمُبتدأِ.

وكذا لو باع الأُمَّ مع أحَدِهما، ثم ادَّعى الأبُ: صَحَّت[1] دِعوتُه عندَ أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وثَبَت نسَبُهما، والولَدُ القائِمُ حُرٌّ بالقِيمة، والولَدُ الْمَبيعُ مع أُمِّه[2] بَقِيا على مِلك الْمُشتَري.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ: لا يَصِحُّ؛ لتَعذُّر تَملُّكِها[3].

ولأبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أن الولَدَ أصلٌ؛ بدَليل صِحّةِ الدِّعوةِ[4] بعدَ موتِها.

صَبِيٌّ عندَه، فقال: (هو ابنُ فُلانٍ)، ثم قال: (هو ابنِي): لَغا، وإن جَحَد(س م).

صبيٌّ في يَد رَجُلٍ، قال الذي في يَده: (هو ابنُ عَبدي فُلانٍ الغائِبِ)، ثم قال: (هو ابني): لا يَكونُ ابنَه أبدًا، وإن جَحَد العبدُ أن يَكونَ ابنَه، وهذا عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقالا: إذا جَحَد العبدُ أن يَكونَ ابنَه فهو ابنٌ للمَولى، وإذا صَدَّقه أو لم[5] يُدْرَ تَصديقُه ولا تَكذيبُه: لم تَصِحَّ دِعوةُ الْمُقِرِّ عندَهم.

وعلى هذا الخِلافِ: إذا قال: (هو ابنُ فُلانٍ، وُلِد على فِراشه)، ثم ادَّعاه لنَفسه.

---

(١) في (ب): صحة دعوته عند أبي يوسف ثبت.

(٢) في (د): أم ولده.

(٣) في (ب): تملكهما.

(٤) في (هـ): الدعوى.

(٥) في (ج): ولم.

وتَفسيرُ الْمَسألةِ: أن يَكونَ رَجُلٌ في يَده صبيٌّ وُلِد في مِلكه، وهو يَبيعُه، ولا يَأمَنُ الْمُشتَري أن يَدَّعيَه البائِعُ يومًا، فيَطلُبُ حِيلةً يَقَعُ له الأمنُ من انتِقاض البيعِ بالدَّعوى[1].

فالحِيلةُ في ذلك عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: أن يَطلُبَ من البائِع حتى يُقِرَّ البائِعُ أنه ابنُ عبدِه الغائِبِ، فإنَّ بعدَ هذا الإقرارِ لا تَصِحُّ دَعوى[2] البائِعِ، صَدَّق العبدُ البائِعَ فيما قال أو كَذَّبه، أو لم يُدْرَ أنه صَدَّقه أو كَذَّبه.

والحِيلةُ على قَول الكلِّ: أن يُقِرَّ البائِعُ أن هذا ابنُ فُلانٍ الميْتِ؛ حتى لا يَتأتّى منه تكذيبٌ، فيَكونُ مُخرَّجًا على قَول الكلِّ.

لهما: أن الإقرارَ بَطَل بالجُحود، فصار كأن لم يكن الإقرارُ؛ وهذا لأن الإقرارَ بما لا يَحتمِلُ[3] النَّقضَ مُلحَقٌ بما يَحتمِلُ النَّقضَ.

والنَّسَبُ وإن كان لا يَحتمِلُ النَّقضَ فالإقرارُ بالنَّسَب يَرتدُّ بالرَّدّ؛ ألا تَرى أن الإكراهَ لا يَبطُلُ بما[4] لا يَحتمِلُ النَّقضَ، وكذا الهَزْلُ، ويُبطِلان[5] الإقرارَ بذلك، فصار كمن اشتَرى عبدًا، ثم أَقَرَّ أن البائِعَ كان أعتقَه، فكَذَّبه البائِعُ، ثم يَقولُ الْمُشتَري: (أنا أعتقتُه)؛ فإن الوَلاءَ يَتحوَّلُ[6] إليه كأنه لم يُقِرَّ أصلًا.

بخِلاف ما لو صَدَّقه العبدُ؛ فإنه لا تَصِحُّ دِعوةُ البائِع؛ لأن بالتَّصديق ثَبَت نَسَبُ الولَدِ من العَبد، فمَنَع ذلك صِحّةَ دِعوةِ البائِعِ.

(١) في (ج) و(هـ): بالدعوة.

(٢) في (ب) و(ج): دعوة.

(٣) في (ج): بما يحتمل.

(٤) في (أ) و(هـ): يبطل ما لا، وفي (ج): لا يبطله ما.

(٥) في (ب) و(هـ): ويبطلان.

(٦) في (هـ): الرد لا يتحول.

وبخِلاف ما إذا لم يُرِد تَصديقَه ولا تكذيبَه؛ لأنه ثَبَت للعَبد حقُّ التَّصديقِ، فلا تَصِحُّ دِعوةُ الْمَولى بعدَ ذلك، كوَلَد الْمُلاعَنةِ لا تَصِحُّ دِعوةُ غيرِه نسَبَه؛ لِقيام حقِّ الدِّعوةِ في حقِّ الْمُلاعِنِ على اعتِبار أن يُكْذِبَ نفسَه.

وله: أن هذا إقرارٌ بما لا يَحتمِلُ النَّقضَ، وهو النَّسَبُ، وذا لا يَبطُلُ بردِّ الْمُقَرِّ له؛ ألا تَرى أن الْمُشتريَ إذا أَقَرَّ أن البائِعَ كان أعتَق ما باعه، وكَذَّبه البائِعُ: فإنه لا يَبطُلُ ذلك، ولكنه يَعتِقُ عن الْمُقِرّ.

وإذا لم يَبطُل امتَنَع بذلك دِعوةُ الْمُقِرِّ، كمن شَهِد على رَجُلٍ بنسَبِ صَغيرٍ، فرُدَّت شَهادتُه لتُهَمةٍ، ثم ادَّعاه الشّاهدُ أنه ابنُه: فإنه لا تَصِحُّ؛ وهذا لأنه تَعلَّق به حقُّ الْمُقَرِّ له، حتى لو صَدَّقه بعدَ التَّكذيبِ يَثبُتُ النَّسَبُ منه.

وكذا تَعلَّق به حقُّ الولَدِ، فصار الحُكمُ فيه كالذي لم يُصدِّقه ولم يُكذِّبه.

ومَسألةُ الوَلاءِ.. قِيل: على هذا الخِلافِ، ذَكَره في كِتاب الوَلاءِ، وبعدَ التَّسليمِ فالنَّسَبُ ألزَمُ بالنِّسبة إلى الوَلاء؛ لأن الوَلاءَ إذا ثَبَت حَقيقةً يَحتمِلُ الانتِقاضَ؛ بدَليل أن الْمُعتَقةَ إذا ارتَدَّت ولَحِقت بدار الحربِ، ثم سُبِيَت وأُعتِقت: فوَلاؤُها لمن أعتَقها ثانِيًا، وبطَل وَلاءُ الأوَّلِ، والنَّسَبُ إذا ثَبَت حَقيقةً لا يَحتمِلُ الانتِقاضَ والارتِفاضَ[1].

ولأن الوَلاءَ يَبطُلُ باعتِراض الأقوى، كجرِّ الوَلاءِ من قَوم الأُمِّ إلى قَوم الأبِ، وقد اعترَض على الوَلاء الْمَوقوفِ ما هو أقوى، وهو دِعوةُ[2] الْمُشتَري، فيَبطُلُ به.

بخِلاف النَّسَبِ -كما مَرَّ في وَلَد الْمُلاعَنة-؛ فإنه لا يَثبُتُ نسَبُه من غَير الْمُلاعِنِ؛ لاحتِمال ثُبوتِه من الْمُلاعِن.

---

(١) في (د): والارتفاع.

(٢) في سوى (أ) و(هـ): دعوى.

ولو في يَد مُسلِمٍ ونَصرانِيٍّ، فقال: (ابنِي)، وقال المُسلِمُ: (عَبدِي): فهو حُرٌّ ابنُ النَّصرانِيِّ.

ولو ادَّعيا بُنُوَّةً: رُجِّح المُسلِمُ، كالأَب مع الابنِ[1].

ولو كان صبيٌّ في يَد مُسلِمٍ ونَصرانيٍّ، فقال النَّصرانيُّ: (هو ابني)، وقال المُسلِمُ: (هو عَبدي): فهو حُرٌّ ابنُ النَّصرانيِّ إذا ادَّعيا معًا، ولو كانت دِعوتُهما دِعوةَ البُنُوَّة: فالمُسلِمُ أَولى.

والفرقُ: أنهما في دَعوى النَّسَبِ استَويا، فيُرَجَّحُ المُسلِمُ بالإسلام؛ لأن القَضاءَ بالنَّسَب من المُسلِم قَضاءٌ بإسلامه، وفيما نحن بصَدَده لا تَعارُضَ بينَ الدَّعويَين -أعني دَعوى الرِّقِّ ودَعوى النَّسَبِ-؛ لأنه يَجوزُ أن يَكونَ عبدًا لواحِدٍ وابنًا لآخَرَ، حتى يَثبُتُ التَّرجيحُ بالإسلام؛ ألا تَرى أن التَّرجيحَ بالإسلام واجِبٌ في النَّسَب نظَرًا للصَّغير، ونظَرُ الصَّبيِّ في هذا أوفَرُ؛ لأنه يَنالُ شرَفَ الحُرِّيَةِ حالًا، وشرَفَ الإسلامِ مَآلًا؛ لأنه يَملِكُ اكتِسابَ الإسلامِ بنَفسه؛ لوُضوح دَلائلِ الأُلوهيَّةِ، وسُطوعِ بَراهينِ الرُّبوبيَّةِ.

فـفـي كـلِّ شـيءٍ لـه آيـةٌ   تَـدُلُّ عـلـى أنـه واحِـدُ

وفي عَكسه: الحُكمُ بالإسلام تَبَعًا لأبِيه، وحِرمانُه[2] عن شَرَف الحُرِّيَةِ؛ لأنه لا يُمكِنُه اكتِسابُ الحُرِّيَةِ بنفسه.

امرَأةٌ ادَّعت صبيًّا أنه ابنُها: لا تُصدَّقُ، إلا أن تَأتِيَ بامرَأةٍ تَشهَدُ بالوِلادة.

قالُوا: المُرادُ به: امرَأةٌ لها زوجٌ.

وإنما لم تَصِحَّ: لِما فيه من إلزام النَّسَبِ على الزَّوج، والإلزامُ لا بُدَّ له من الحُجَّة،

(١) هذه الفقرة مثبتة من (م) و(ن).

(٢) في (هـ): لسيده وحرمانًا.

والحُجَّةُ شَهادةُ القابِلةِ؛ وهذا لأن سببَ لُزومِ النَّسَبِ قائِمٌ، وهو النِّكاحُ، ولكن الحاجةُ إلى إِثباتِ الوِلادةِ والنِّكاحِ لا تُوجِبُ الوِلادةَ لا مَحالةَ، وفي إِثباتِ الوِلادةِ وتَعيينِ الولَدِ إلزامٌ عليه، وشَهادةُ القابِلةِ تكفِي لذلك؛ لأنه عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ قَبِل شَهادةَ القابِلةِ على الوِلادة[1].

ولو كانت تَدَّعي النَّسَبَ في ذلك على الرَّجُل من غيرِ نِكاحٍ قائِمٍ، بأن كانت مُعتدّةً: فلا بُدَّ من حُجّةٍ تامّةٍ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وهي شَهادةُ رَجُلَين أو رَجُلٍ وامرأتَين.

ولو كانت لا تَدَّعي إلزامًا على أحدٍ، بأن لم تكن مَنكوحةً ولا مُعتدّةً: يثبُت النَّسَبُ منها بقَولها بلا حُجّةٍ؛ لأن فيه إلزامًا على نَفسها دونَ غيرِها.

فإن كان لها زوجٌ، فصَدَّقها: فهو ابنُهما[2] بلا شَهادة امرأةٍ؛ لأن الذي يَلزَمُه النَّسَبُ قد اعترَف به، فأَغنى ذلك عن الحُجّة.

ومن الْمَشايخ من أجرى الْمَسألةَ على إِطلاقها، ورَدَّ قولَها وإن لم تكن ذاتَ زوجٍ؛ عمَلًا بِإطلاق ما ذَكَر محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

صَبِيٌّ في يَدَي زَوجَين، زَعَم[3] أنه ابنُه من غَيرِها، وزَعَمت أنه ابنُها من غَيرِه:

(١) روى الطبراني في «الأوسط» (٥٩٦)، والدارقطني (٤٥٥٦) عن حذيفة: أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أجاز شهادة القابلة. وروى الدارقطني (٤٥٥٨) عن علي قال: شهادة القابلة جائزة على الاستهلال.

(٢) في سوى (ج) و(د): ابنها.

(٣) الزعم: يطلق بمعنى القول، ومنه: زعمت الحنفية، وزعم سيبويه، أي قال، وعليه قوله تعالى ﴿أَوْ تُسْقِطَ ٱلسَّمَآءَ كَمَا زَعَمْتَ﴾ [الإسراء: ٩٢]، أي كما أخبرت، ويطلق على الظن، يقال: في زعمي كذا، وعلى الاعتقاد، ومنه قوله تعالى ﴿زَعَمَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ أَن لَّن يُبْعَثُواْ﴾ [التغابن: ٧]، قال الأزهري: وأكثر ما يكون الزعم فيما يشك فيه ولا يتحقق، وقال بعضهم: هو كناية عن الكذب، وقال السيوطي -شارح الحماسة-: أكثر ما يستعمل فيما كان باطلًا، أو فيه ارتياب، وقال ابن القوطية: زعم زعمًا: قال خبرًا =

فهو ابنُهما.

صبيٌّ في يَدَي زَوجَين، زَعَم الزَّوجُ أنه ابنُه من غَيرها، وزَعَمت الْمَرأةُ أنه ابنُها من غَيره: فهو ابنُهما؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما أقَرَّ بنَسَب الولَدِ منه، وادَّعى ما يُخرِجُه من يَد صاحِبِه، وكَذَّبه صاحِبُه في إخراجه من يَده، ويدُهما ثابِتٌ[1] في الوَلَد على السَّواء، فصَحَّ إقرارُهما للوَلَد بثَبات النَّسَبِ؛ إذ الظّاهرُ أنه منهما[2]؛ لِقيام أيدِيهما، أو لِقيام الفِراشِ بينَهما.

ولم تَصِحَّ دَعوى[3] كلِّ واحِدٍ منهما الإخراجَ من يَد صاحِبِه، كثَوبٍ في يَدَي رَجُلَين كلُّ واحِدٍ منهما يَقولُ: (هو بَيني وبينَ آخرَ): لم يُصدَّق واحِدٌ منهما في إبطال حقِّ صاحبِهِ، ويَكونُ الثَّوبُ بينَهما، إلا أنه يَدخُلُ الْمُقَرُّ له في نَصيب الْمُقِرِّ ثَمّ، أي يَصيرُ ما حَصَل للمُقِرِّ بينَه وبينَ الْمُقَرِّ له نِصفان؛ لأن المحَلَّ يَقبلُ الاشتِراكَ، وهنا لا يَدخُلُ؛ لأن النَّسَبَ لا يَحتمِلُ الشِّرْكةَ.

وَلَدَت مُشتراتُه، فاستُحِقَّت: غَرِم الأبُ قِيمتَه، وهو حُرٌّ، ورَجَع على بائِعه بالثَّمَن وقِيمتِه، وهو على بائِعه بالثَّمَن فقط(س م).

ومن اشتَرى أمةً، فوَطِئها، فوَلَدت منه ولَدًا، فاستَحقَّها رَجُلٌ: غَرِم الأبُ للمَولى قِيمةَ الولَدِ يومَ يُخاصِمُ، إن جاء الْمُستحِقُّ والولَدُ حيٌّ.

= لا يدرى أحق هو أو باطل، قال الخطابي: ولهذا قيل: (زعم) مطيةُ الكذب، وزعم غير مَزْعَم: قال غير مَقُول صالح، وادعى ما لم يمكن. «المصباح» ١/ ٢٥٣.

(١) في (د) و(هـ): ثابتة.

(٢) في (ب) و(د): بينهما.

(٣) في (د): دعوة.

والأصلُ فيه: أن ولَدَ المَغرورِ حُرٌّ بالقِيمة.

والمَغرورُ: من يَشتَري أمةً أو يَتملَّكُها بسببٍ من أَسباب المِلكِ، كالهِبة، والوصِيّةِ، والصَّدَقةِ، فيَستولِدُها، ثم يَظهَرُ بالبيِّنة أنها مِلكُ الغيرِ، أو يَتزوَّجُ امرأةً على أنها حُرّةٌ، ثم يَظهَرُ بالبيِّنة أنها أمةٌ..

فالولَدُ في هذه المَسائلِ حُرٌّ بالقِيمة، رُوِي ذلك عن عمرَ رَضِيَ اللهُ عَنهُ[1] في النّكاح، وعن عليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنهُ في الشِّراء، وذا بمَحضَرٍ من الصَّحابة رضي الله عنهم أجمَعين[2]،

---

(١) في (د): ابن عمر رَضِيَ اللهُ عَنهُما.

(٢) قال الإمام محمد رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى في «الأصل» ١٠/ ٢٦٩: وكذلك لو زوجها رجل من رجل وأخبره أنها حرة، فإذا هي أمة، فإن الولد حر، وعلى الأب قيمته، ويرجع بذلك على الذي غرّه وزوّجه.

ثم قال: بلغنا عن علي بن أبي طالب وعن عمر رَضِيَ اللهُ عَنهُما نحوُ هذا.

وروى نحو هذا عبد الرزاق (١٣١٦٦)، وابن أبي شيبة (٢١٠٦٢)، والبيهقي (١٤٢٥٤).

وقال في «نصب الراية» ٤/ ١١٠: قوله: وولد المغرور حر بالقيمة، بإجماع الصحابة، قلت: غريب، وروى ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٢٠٥٤٠) عن علي في رجل اشترى جاريةً فولدت منه أولادًا، ثم أقام رجل البينة أنها له، قال: ترد عليه، ويُقَوَّم عليه ولدُها، فيغرم الذي باعها ما غررها. انتهى، (٢١٠٦٠) عن سليمان بن يسار: أن أمة أتت قومًا فغرتهم، وزعمت أنها حرة، فتزوجها رجل، فولدت له أولادًا فوجدوها أمة، فقضى عمر بقيمة أولادها، في كل مغرور غرة. انتهى، (٢١٠٦١) عن خلاس: أن أمة أتت طيئًا فزعمت أنها حرة، فتزوجها رجل، ثم إن سيدها ظهر عليها، فقضى عثمان أنها وأولادها لسيدها، وجعل لزوجها ما أدرك من متاعه، وجعل فيهم السُّنّة، في كل رأس رأسين. انتهى، (٢١٠٦٢) عن الشعبي قال: سألته عن جارية أتت قومًا فزعمت أنها حرة، فرغب فيها رجل فتزوجها، فولدت له أولادًا، ثم علموا أنها أمة، فجاء مولاها فأخذها، قال: يأخذ المولى أمته، ويفدي الأب أولاده، بغرة غرة. انتهى، (٢١٠٦٣) عن سعيد بن المسيب قال: في ولد كل مغرور غرة. انتهى، وفي «الموطأ» (٢/ ٧٤١) في كتاب الأقضية: مالك: أنه بلغه أن عمر بن الخطاب أو عثمان بن عفان قضى أحدهما في أمة غرت رجلًا بنفسها، فذكرت أنها حرة، فتزوجها، فولدت له أولادًا، فقضى أن يفدي ولده بمثلهم، قال مالك:=

فحَلَّ محَلَّ الإجماع.

ولأن النَّظَرَ من الجانِبَين واجِبٌ؛ إذ الْمَغرورُ بَنى أمرَه على سبَبٍ صَحيحٍ في الشَّرع، فاستَوجَب النَّظَرَ، والأمةُ مِلكُ الْمُستحِقِّ، والولَدُ مُتفرِّعٌ عن مِلكه، فاستَوجَب النَّظَرَ أيضًا، فوَجَب الجمعُ بينَ حقَّيهما بقَدْر الإمكانِ، وذا بأن يحيا[1] حقُّ الْمُستحِقِّ في مَعنى الْمَملوكِ، وَيحيا[2] حقُّ الْمَغرورِ[3] في صُورته، فيُجعَلُ حُرَّ الأصلِ في حقِّه، عبدًا في حقِّ الْمُستحِقِّ.

ولهذا قال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا تزَوَّج العبدُ امرَأةً غَرَّه رَجُلٌ أنها حُرَّةٌ، فوَلَدت، ثم ظَهَر أنها أمةٌ: فالولَدُ حُرٌّ بالقِيمة؛ لأن الصَّحابةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ أجمَعوا على أن ولَدَ الْمَغرورِ حُرٌّ بالقِيمة[4] بلا فصلٍ بينَ أبٍ وأبٍ.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: إنه مُتولِّدٌ من رَقيقَين، فكيف يَكونُ حُرًّا؟! والْمَنقولُ عنهم في الأَب الحُرِّ.

وإنما أوجَبنا[5] القِيمةَ يومَ الخُصومةِ: لأن الولَدَ من زَوائِد الغصبِ، وزَوائدُ الغصبِ إنما تُضمَنُ بالْمَنع، كوَلَد الْمَغصوبةِ، والمنعُ إنما يَتحقَّقُ بعدَ الطَّلَبِ، فتُعتبَرُ القِيمةُ يومَ الطَّلَبِ، وهو يومُ الخُصومةِ.

فإن كان الْمُشتَري باع الأمةَ من رَجُلٍ آخرَ، واستَولَدها الْمُشتَري الثّاني، ثم

= وتلك القيمة عندي. انتهى.

(١) في سوى (أ): يجيء. وانظر «الفتح» ٨/ ٣١٥.

(٢) في سوى (أ) و(د): ويجيء. وانظر «الفتح» ٨/ ٣١٥.

(٣) في (ب): المغرورين. وانظر «الفتح» ٨/ ٣١٥.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) في (د): أوجبا.

استَحقَّها رَجُلٌ، وجعَل القاضِي الولَدَ حُرًّا بالقِيمة: رَجَع الْمُشتَري الثّاني على البائِع الثّانِي بالثَّمَن، وبِقِيمة الولَدِ، ويَرجِعُ الْمُشتَري الأوَّلُ على البائِع الأوَّلِ بالثَّمَن.

ولا يَرجِعُ عليه بِقِيمة الولَدِ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن البائِعَ الأوَّلَ ضَمِن للمُشتَري الأوَّلِ سَلامةَ أولادِه دونَ سَلامةِ أولادِ الْمُشتَري منه؛ لأن ضَمانَ السَّلامةِ إنما يَثبُتُ بالبَيع، والبيعُ الثّاني يُضافُ إلى الثّانِي لا إلى الأوَّل.

وعندَهما: يَرجِعُ بِقِيمة الولَدِ أيضًا؛ لأن الْمُشتَريَ الثّانيَ إنما يَرجِعُ على البائِع بِقِيمة الولَدِ لأنه ضَمِن له سَلامةَ الولَدِ في ضِمن البيعِ، ولم يَسلَم له، وهذا الْمَعنى يَقتَضِي رُجوعَ الْمُشتَري الأوَّلِ على البائِع الأوَّلِ؛ لأن البائِعَ الأوَّلَ ضَمِن له سَلامةَ الولَدِ، ولم يَسلَم له لَمّا أخَذ منه قِيمةَ الولَدِ.

فإن مات: لم يَضمَن الأبُ، وإن تَرَك مالًا، وإن قُتِل: غَرِم قِيمتَه.

فإن مات الولَدُ لم يَضمَن الأبُ؛ لأن الولَدَ حَدَث في يَده بلا صُنعه، وفي مِثل هذا إنما يَجِبُ الضَّمانُ بالْمَنع، والمنعُ يَكونُ بعدَ الطَّلَبِ، فإذا هَلَك قبلَ الطَّلَبِ لم يُوجَد سبَبُ ضَمانِه، فلا يَضمَنُ، كما لو هَلَك ولَدُ الْمَغصوبةِ عندَ الغاصِب؛ فإنه لا يَضمَنُ قِيمتَه.

وكذا لو تَرَك مالًا؛ لأن الإرثَ ليس بعِوَضٍ عن الوَلَد، فلم يَصِر الولَدُ سالِمًا له بسَلامة الإرثِ، فلا يَغرَمُ شيئًا.

والمالُ لأبيه[1]؛ لأن الولَدَ حُرُّ الأصلِ في حقِّه، فما تَرَك يَكونُ مِيراثًا لأبيه[2].

فإن قِيل: الولَدُ وإن كان حُرَّ الأصلِ في حقِّ الْمُستولِدِ[3] فهو رَقيقٌ في حقِّ الْمُستحِقِّ،

---

(١) كذا في (أ) و(ج)، وفي (هـ): لابنه، وفي (ب) و(د) غير منقوطة. وانظر «الهداية» ٣/ ١٧٧.

(٢) كذا في (ج)، وفي (هـ): لابنه، وفي سوى (ج) غير منقوطة. وانظر «الهداية» ٣/ ١٧٧.

(٣) في (هـ): المشتري.

فلِمَ كان اعتِبارُ جانِبِ الْمُستولِدِ أحَقَّ؟

قُلنا: الولَدُ كان حيًّا، فالْمُستحِقُّ بمَعزِلٍ من ماله، وكان كلُّه للوَلَد، فإذا كان الولَدُ أحَقَّ به في حَياته فلْيكن الوالِدُ أحَقَّ به بعدَ وَفاتِه؛ لأنه خَلَفُه.

فإن قِيل: وَجَب أن يَكونَ الإرثُ مُشتركًا بينَهما؛ نظَرًا للجانِبَين؛ لأنه حُرٌّ في حقِّ الأبِ رَقيقٌ في حقِّ الْمُستحِقِّ.

قُلنا: هو حُرُّ الأصلِ في حقِّ الْمُستحِقِّ أيضًا، وإنما قَدَّرنا الرِّقَّ في حقِّه: لضَرورة القَضاءِ بالقِيمة، والثّابتُ بالضَّرورة يَتقدَّرُ بقَدْرها.

ولو قَتَله الأبُ غَرِم قِيمتَه؛ لتَحقُّق المنعِ، وكذا لو قَتَله غيرُه فأخَذ دِيَتَه؛ لأنه سَلِم له الولَدُ؛ إذ الدِّيَةُ بدَلُ المحَلِّ شرعًا، فصار الولَدُ سالِمًا له بسَلامتها، فيَغرَمُ قِيمتَه للمُستحِقّ، ويَضمَنُ الْمُستولِدُ عُقرَ الأمةِ؛ لأنه وَطِئ أمةَ الغيرِ، وقد سَقَط الحدُّ للشُّبهة، فيَجِبُ العُقرُ.

ولا يَرجِعُ الْمُستولِدُ بالعُقر على البائعِ.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَرجِعُ بالعُقر كما يَرجِعُ بِقيمة الولَدِ وثَمَنِ الأمةِ.

ولنا: أنه إنما ضَمِنه مُقابَلًا بالْمَلاذِّ التي استَوفاها بالوَطء، فلا يَستوجِبُ الرُّجوعَ على غيره، بخِلاف ما ذُكِر؛ لأن البائعَ ضَمِن سَلامةَ الْمَبيعِ والأولادِ للمُشتَري، فيَرجِعُ إذا لم يَسلَما له.

فَصْلٌ

[في مسائل متفرقة]

أمةٌ بينهما، وَلَدَت وَلَدَين في بَطنَين، فقال أحدُهما: (الأصغَرُ ابني، والأكبَرُ ابنُ شَريكِي): فالأصغَرُ منه، وهي أُمُّ وَلَدِه، صَدَّق شَريكُه أوْ لا، والأكبَرُ لشَريكه إن صَدَّق، وإلا لا.

أمةٌ بينَ اثنَين، وَلَدت ولَدَين في بطنَين، فقال أحَدُهما: (الأصغَرُ ابني، والأكبَرُ ابنُ شَريكِي): ثَبَت نسَبِ الأصغَرِ من مُدَّعي الأصغَرِ، والأمةُ أُمُّ ولَدِه، صَدَّق شَريكَه أوْ لا، وعليه نِصفُ عُقرِها ونِصفُ قِيمتِها، ولا يَضمَنُ شيئًا من قِيمة الولَدِ.

والأكبَرُ ابنُ شَريكِه إن صَدَّق؛ لتَصادُقهما على ذلك، وإلا لا.

وإن بَدَأ بشَريكه، وصَدَّق: فالأكبَرُ منه، وهي أُمُّ وَلَدِه، والأصغَرُ(د) له.

وإن بَدَأ بشَريكه فقال: (الأكبَرُ ابنُ شَريكِي، والأصغَرُ ابني).. إن صَدَّقه شَريكُه: فالأكبَرُ منه، وهي أُمُّ ولَدِه، ويَثبُتُ نسَبُ الأصغَرِ من مُدَّعي الأصغَرِ.

والقِياسُ: أن لا يَصِحَّ؛ لأنه ادَّعى ولَدَ أُمِّ ولَدِ الغيرِ، ولكنّا استَحسنّا وقُلنا بأنه يَصِحُّ: لأنه حينَ ادَّعى نسَبَ الأصغَرِ لم تكن أُمومِيّةُ الولَدِ ظاهِرًا، فصار في مَعنى المَغرورِ.

فإن وَلَدَت لسِتّة أشهرٍ، فادَّعاه أحَدُهما، والآخَرُ أُمَّه معًا: صَحَّت دِعوتُه فقط، وصارَت أُمَّ وَلَدِه، وضَمِن نِصفَ عُقرِها، ونِصفَ قِيمتِها، ولأقَلَّ منها: صَحَّتا، ولا شيءَ على أحَدٍ.

فإن وَلَدت في مِلكهما لسِتّة أشهُرٍ مُنذُ اشتَريا، فادَّعى الولَدَ أحَدُهما والآخَرُ أمةً معًا: صَحَّت دِعوةُ مُدَّعي الولَدِ؛ لأنه[1] دِعوةُ استيلادٍ، وبَطَلت دِعوةُ الآخرِ؛ لأنه[2] دِعوةُ تَحريرٍ.

والأُولى أَولى؛ لأنها أسبَقُ؛ لِما مَرّ، وصارت أُمَّ ولَدِه؛ لأن نَصيبَ الْمُستولِدِ لَمّا صار أُمَّ ولَدِه صار نَصيبُ الآخرِ أُمَّ ولَدٍ له أيضًا، وضَمِن نِصفَ عُقرِها ونِصفَ قِيمتِها.

وإن وَلَدت لأقَلَّ من سِتّة أشهُرٍ مُنذُ اشتَريا، والْمَسألةُ بحالها: صَحَّت دِعوتُهما؛ لأن كِلتَيهما دِعوةُ تَحريرٍ، والابنُ حُرٌّ بغير قِيمةٍ؛ لأن شَريكَه زَعَم أنه ولَدُ بِنتِه، وهو حُرٌّ، فكيف يَضمَنُ له شيئًا من قِيمته؟!

ولا عُقرَ عليه؛ لأن الوطءَ قبلَ مِلكِ شَريكِه؛ لأنها لَمّا وَلَدت لأقَلَّ من سِتّة أشهُرٍ كان العُلوقُ حاصِلًا لا في مِلك شَريكِه.

وأما الأُمُّ: فهي بِنتُ مُدَّعيها، وهي حُرّةٌ؛ لأن هذه دِعوةُ تَحريرٍ.

ولا عُقرَ عليه؛ لأنه يَدَّعي وطءَ أُمِّها[3] لا وطْأَها.

ولا يَغرَمُ شيئًا من قِيمتها عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، خِلافًا لهما، لأن مُدَّعيَ الولَدِ يَزعُمُ أنها أُمُّ ولَدِه، وماليّتُها غيرُ مُتقوَّمةٍ عندَه، خِلافًا لهما.

ولو وَلَدَت لسِتّة أشهُرٍ بِنتًا، وبِنتُها بِنتًا، وادَّعياهما معًا: صَحَّتا.

ولو وَلَدت لسِتّة[4] أشهُرٍ بِنتًا، ثم وَلَدت البِنتُ بِنتًا، فادَّعى أحَدُهما الكُبرى والآخَرُ

---

(١) في (هـ): لأنها.

(٢) في (هـ): لأنها.

(٣) في (ج): أمتها.

(٤) في (ج): لأقل من ستة.

الصُّغرى معًا: صَحَّتا، وثَبَت نسَبُ كلِّ واحِدةٍ.

وإن قُتِلت الجدّةُ، وأخَذا قِيمتَها: فكذلك، لكن لا يَضمَنُ مُدَّعي الكُبرى من قِيمتها والجدّةِ.

فإن قُتِلت الجدّةُ خطأً، وأخَذا قِيمتَها: فكذلك، لكن لا يَضمَنُ مُدَّعي الكُبرى شيئًا من قِيمة الكُبرى -لأنها أُمُّ ولَدٍ- وقِيمةِ الجدّةِ -لأنهما أخَذاها مرّةً-.

ولو وَلَدَت الأُولى لأقَلَّ من سِتّة أشهُرٍ: فالثّانِيةُ أَولى، والكُبرى أُمُّ وَلَدِه، والجدّةُ أُمُّ وَلَدِ الآخَرِ.

وإن وَلَدت الجارِيةُ الكُبرى لأقَلَّ من سِتّة أشهُرٍ: فدِعوةُ مُدَّعي الصُّغرى أَولى؛ لأنها دِعوةُ استيلادٍ، والكُبرى أُمُّ ولَدِه، والجدّةُ أُمُّ ولَدِ الآخرِ؛ للإقرار بالاستيلاد في مِلكه.

قال: (ذا من أمَتي وعَبدِي)، وقال آخَرُ مِثلَه، وأثبَتا[1]: أخَذاه[2]، والوَلَدُ منهم(س م).

عبدٌ في يَد رَجُلٍ، أَقام رَجُلٌ البيِّنةَ أنه عبدُه وُلِد في مِلكه من أَمته هذه من عَبده هذا، وأَقام آخرُ[3] البيِّنةَ أنه عبدُه وُلِد في مِلكه من أَمته هذه من عَبده هذا: قُضِي بالعَبد لهما إجماعًا.

والنَّسَبُ يَثبُتُ من العَبدَين والأمتَين عندَ أبي حنيفة، وعندَهما: يَثبُتُ من العَبدَين، ولا يَثبُتُ من الأمتَين.

وكذا قالا في الحُرَّين والحُرّتَين.

لهما: أن وِلادةَ ولَدٍ واحِدٍ من امرَأتَين مُستحيلٌ.

(١) في (م) و(ن): أثبتا.

(٢) في (ع): أخذها.

(٣) في (أ) و(ب): الآخر.

وله: أن الحاجةَ إلى إثبات أحكامِ النَّسَبِ منهما، ولا استِحالةَ في ذلك.

وَلَدَت مُكاتَبَةٌ لهما، فقال: (هو منِّي): بَقِيَت(س م) كما كانَت.

أمةٌ بينَهما كاتَباها، فوَطِئها أحَدُهما، فوَلَدت، فادَّعاه أحَدُهما: فهي مُكاتَبَةٌ لهما كما كانت قبلَ هذه الدَّعوى[1]، وصار نَصيبُه أُمَّ ولَدِه.

ثم لها الخِيارُ، إن شاءت عَجَّزت نفسَها، فكان كلُّها أُمَّ ولَدِه، وتَضمَنُ لشَريكه نِصفَ قِيمتِها ونِصفَ عُقرِها، وإن شاءت مَضَت على الكِتابة، وأخَذت عُقرَها منه.

وإذا أدَّت عَتَقت، والوَلاءُ لهما عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقالا: صار كلُّها أُمَّ ولَدِه ومكاتَبةً له بكلِّ البدَلِ[2]، وتَغرَمُ لشَريكه نِصفَ قِيمتِها.

والأصلُ: أن الاستِيلادَ لا يَتجزَّأُ عندَهما، فيَجِبُ تكميلُها ما أمكَن، وقد أمكَن بفَسخ الكِتابةِ؛ لأنها قابِلةٌ للفَسخ.

وعندَه: يَتجزَّأُ، فتَقتَصِرُ أُموميّةُ الولَدِ على نَصيبِه؛ لأن الْمُكاتَبَةَ لا تَقبَلُ النَّقلَ من مِلكٍ إلى مِلكٍ.

قال: (هذا ابنِي)، وقال آخَرُ: (بِنتِي)، وبرْهَنا، وهو خُنثى: فهو منهما(س م).

إذا ادَّعى اللَّقيطَ رَجُلان، فبرْهَن أحَدُهما أنه ابنُه، والآخرُ أنه ابنتُه، وهو خُنثى.. فإن كان يَبولُ من مَبال الغُلامِ: فهو لِمُدَّعي الابنِ، وإن كان يَبولُ من مَبال الجارِيةِ: فهو لِمُدَّعي البِنتِ[3]، وإن بال منهما ولم يَسبِق أحَدُهما: فهو منهما عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

---

(١) في (ب): الدعوة.

(٢) في (د) و(هـ): الولد.

(٣) في (ب) و(ج): الابنة.

وقالا: يُقضى بأكثرهما بولًا.

وسنَشرحُه في كِتاب الخُنثى إن شاء اللهُ تَعالى.

امرَأةُ الْمَنعيِّ[1] نكَحت، ووَلَدت: فهو من الأوَّل(س م).

نُعِي إلى امرَأةٍ زوجُها، فاعتَدَّت، ونكَحت ووَلَدت، فجاء الزَّوجُ الأوَّل حيًّا: فالولَدُ من الأوَّل كيف كان[2] عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأن الولَدَ للفِراش، والفِراشُ للزَّوج الأوَّلِ؛ لأن نِكاحَه قائِمٌ صَحيحٌ، ونِكاحَ الثّاني فاسِدٌ، والرُّجحانُ للصَّحيح.

وقال أبو يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن كان من وَقت النِّكاحِ الثّانِي إلى وَقت الوِلادةِ أقَلَّ من سِتّة أشهُرٍ: فالولَدُ للأوَّل، وإن كان أكثَرَ من سِتّة أشهُرٍ فهو من الثّانِي.

وقال محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إن كان من وَقت ابتِداءِ وطءِ الزَّوجِ الثّانِي إلى وَقت الوِلادةِ أقَلَّ من سَنتَين: فالولَدُ من الأوَّل؛ لاحتِمال أنه من وَطء الأوَّلِ، وإن كان أكثَرَ من السَّنتَين فهو من الثّانِي[3]؛ لتَيقُّننا أنه ليس من الأوَّل، فجَعَلناه من الثّانِي، واللهُ أعلَمُ[4].

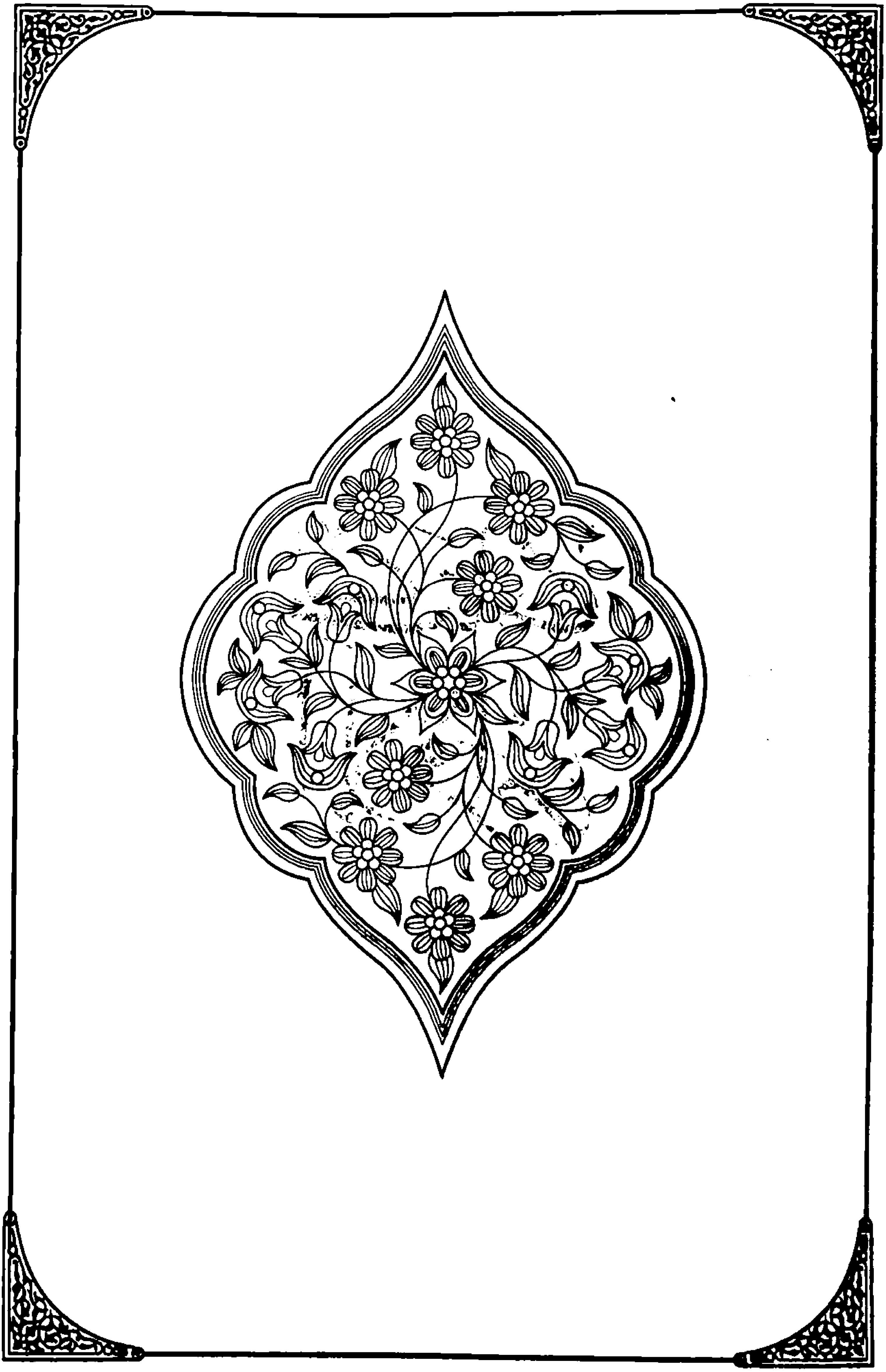
(١) نَعيت الْمَيْت نَعْيًا -من باب نفع-: أخبرت بموته، فهو منعيٌّ، واسم الفعل الْمَنْعى والْمَنْعاة، بفتح الميم فيهما مع القصر، والفاعل نَعِيٌّ على فعيل، يقال: جاء نعيه أي ناعيه، وهو الذي يخبر بموته، ويكون النعي خبرًا أيضًا. «المصباح» ٢/ ٦١٤.

(٢) في (هـ): كيف ما كان.

(٣) في (هـ): فهو للثاني.

(٤) في حاشية (هـ): تم الجزء الثاني من تجزئة ثلثه، ويتلوه الجزء الثالث إن شاء الله تعالى.

كِتَابُ الإِقْرَارِ



كتاب الإقرار[1]

كِتابُ الإقرارِ

الكَلام فيه في[2] تَفسيره، وفي بَيان كونِه حُجّةً، وكيف يَكونُ حُجّةً، ومن يَجوزُ إقرارُه، ومن لا يَجوزُ، وما يُقَرُّ به، وما يَكونُ إقرارًا، وما لا يَكونُ، ومن يُقَرُّ له، والاستِثناءِ، ونحوِه.

إخبارٌ عن ثُبوتِ حقٍّ على نَفسه.

فالإقرارُ: إخبارٌ عن ثُبوت حقٍّ للغَير على نَفسه، وليس بإثبات الحقِّ.

وحُكمُه: ظُهورُ الْمُقَرِّ به لا ثُبوتُه ابتِداءً؛ ألا تَرى أنه لا يَصِحُّ الإقرارُ بالطَّلاق والعَتاقِ مع الإكراهِ، والإنشاءُ يَصِحُّ مع الإكراهِ.

ولهذا قالُوا: لو أقَرَّ لغَيره بمالٍ، والْمُقَرُّ له يَعلَمُ أنه كاذِبٌ في إقراره: لا يَحِلُّ له إذا أخَذه عن كَرهٍ منه فيما بينَه وبينَ اللهِ تَعالى، إلا أن يُسلِّمَه بطِيبٍ من نَفسه، فيَكونُ تَمليكًا مُبتدأً منه على سَبيل الهِبةِ، والمِلكُ يَثبُتُ للمُقَرِّ له بلا تَصديقٍ وقَبولٍ، ولكن يَبطُلُ بردِّه.

والْمُقَرُّ له إذا صَدَّقه ثم رَدَّه: لا يَصِحُّ ردُّه، وإنه مُلزِمٌ[3] على الْمُقِرِّ ما أقَرَّ به؛ لوُقوعه

---

(١) في (أ): بسم الله الرحمن الرحيم كتاب الإقرار.

(٢) في (هـ): وفي.

(٣) في (د) و(هـ): ويلزم.

دَليلًا على صِدق المُخبَرِ به، قال اللهُ تَعالى: ﴿كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلۡقِسۡطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوۡ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمۡ﴾ [النِّساء: ١٣٥]، والشَّهادةُ على نَفسه هو الإقرارُ، وقال تَعالى: ﴿بَلِ ٱلۡإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفۡسِهِۦ بَصِيرَةٞ﴾ [القِيامَة: ١٤]، أي شاهِدةٌ بالحقّ.

وقد رَجَم رَسولُ اللهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ ماعِزًا بإقراره على نَفسه بالزِّنى[١]، والغامِديّةَ بإقرارها[٢]، وقال في حَديث العَسيفِ: «واَغْدُ يا أُنَيسُ إلى امرَأة هذا، فإن اعترَفت فارجُمها»[٣].

فلما جُعِل الإقرارُ حُجّةً في الحُدود التي تُدرَأُ بالشُّبُهات.. فلأن يَكونَ حُجّةً في غَيرها أَولى.

وعليه إجماعُ الأُمّةِ.

ولأنه إن كان مُتردِّدًا بينَ الصِّدقِ والكَذِبِ في الأَصل.. ولكنه ظَهَر رُجحانُ الصِّدقِ على الكَذِب؛ لوُجود الدّاعِي إلى الصِّدق والصّارفِ عن الكَذِب؛ لأن عقلَه ودِينَه يَحمِلانه على الصِّدق ويَزجُرانه عن الكَذِب، ونفسَه الأمّارةَ بالسُّوء ربما تَحمِلُه على الكَذب في حقِّ الغيرِ، أما في حقِّ نفسِه: فلا.

فصار عقلُه ودِينُه وطبعُه دَواعيَ إلى الصِّدق زَواجِرَ عن الكَذِب، فكان صِدقًا ظاهِرًا، والصِّدقُ يَجِبُ قَبولُه والعمَلُ به.

وإنه حُجّةٌ قاصِرةٌ، بخِلاف البَيِّنةِ؛ لأنها تَصيرُ حُجّةً بالقَضاء، وللقاضِي وِلايةٌ عامّةٌ، فيَتعدّى إلى الكلّ.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه.

أما الإقرارُ: فلا يَفتقِرُ إلى القَضاء، وله وِلايةٌ على نَفسه دونَ غيرِه، فيَقتصِرُ عليه، حتى لو أقَرَّ مَجهولُ الأصلِ بالرِّقِّ لرَجُلٍ جاز ذلك على نَفسه ومالِه، ولم يُصدَّق على أَولاده وأُمَّهاتِهم ومُدبَّرِيه ومُكاتَبِيه؛ لأنه قد ثَبَت حقُّ الحُرِّيّةِ أو استِحقاقِ الحُرِّيّةِ لهؤلاء، فلا يُصدَّقُ عليهم.

أقَرَّ حُرٌّ مُكلَّفٌ بحقٍّ: صحّ، ولو مَجهولًا، كشيءٍ، وحقٍّ، ومالٍ، ويُجبرُ على بَيانه، وصُدِّق بحَلِفه.

إذا أقَرَّ الحُرُّ العاقِلُ البالِغُ بحقٍّ: صَحّ[1]، مَجهولًا كان ما أقَرَّ به، كشيءٍ، وحقٍّ، ومالٍ، أو مَعلومًا.

فاشتِراطُ الحُرِّيّةِ ليَصِحَّ إقرارُه مُطلَقًا؛ إذ العبدُ المَحجورُ لا يَصِحُّ إقرارُه بالمال، وإن كان يَصِحُّ بالحُدود والقِصاصِ؛ لأن إقرارَه عُهِد مُوجِبًا تَعلُّقَ الدَّينِ برَقَبته؛ لأن ذِمّتَه ضَعُفت بالرِّقّ، فانضَمَّت إليها ماليّةُ الرَّقَبةِ، وهي مِلكُ المَولى، فلا يَصِحُّ إقرارُه عليه.

بخِلاف الحُدودِ والقِصاصِ؛ لأنه مُبقًّى على أَصل الحُرِّيّةِ فيهما؛ لأنهما من خَواصِّ الآدميّةِ، وهو فيها مُبقًّى على الحُرِّيّة، ولهذا لا يَصِحُّ إقرارُ المَولى على العَبد بالحدِّ والقِصاصِ.

وبخِلاف العبدِ المَأذونِ؛ فإنه إذا أقَرَّ بدَينٍ لرَجُلٍ أو بوَديعةٍ أو عارِيّةٍ أو غصبٍ: يَصِحُّ؛ لأنه مُلحَقٌ بالأَحرار في حقِّ الإقرارِ؛ لأن المَولى إذا أذِن له فقد رَضِي بتَعلُّق الدَّينِ برَقَبته، فكان مُسلَّطًا عليه من جِهَته.

والعقلُ والبُلوغُ؛ لأن الصَّبيَّ والمَجنونَ لا يَتعلَّقُ بإقرارهما حُكمٌ؛ وهذا لأن

(١) في (ب): صحيح، وفي (هـ): بحق صح إقراره.

وُقوعَه حُجّةً مُلزِمةً لظُهور الصِّدقِ فيه[1]، وظُهورُه بصُدوره عن العَقل؛ لأنه خُلِق مائِلًا إلى الْمَحاسِن زاجِرًا عن القَبائِح، والصِّدقُ حسَنٌ، والكذِبُ قَبيحٌ، فإذا لم يكن الْمُقِرُّ عاقِلًا فقد فات دَليلُ صِدقِه، فلا يَكونُ حُجّةً.

والصَّبيُّ لقُصور عقلِه مُلحَقٌ بالْمَجنون، فلهذا لا يَصِحُّ إقرارُه بدَينٍ، أو غصبٍ، أو وَديعةٍ، أو عارِيّةٍ، أو جِراحةٍ، أو حدٍّ، أو طَلاقٍ، أو عَتاقٍ، أو كِتابةٍ، إلا إذا كان الصَّبيُّ مَأذونًا في التِّجارة، فإن إقرارَه جائِزٌ بدَينٍ لرَجُلٍ، أو بوَديعةٍ، أو عارِيّةٍ، أو مُضارَبةٍ، أو غصبٍ؛ لأنه التَحق بالإذن بالبالِغ؛ لدَلالة الإذنِ على عَقله.

ولا يَصِحُّ إقرارُه بالْمَهر والجِنايةِ والكَفالةِ؛ لأنها غيرُ داخِلةٍ تحتَ الإذنِ؛ إذ التِّجارةُ مُبادَلةُ المالِ بالمال، والنِّكاحُ مُبادَلةُ مالٍ بما ليس بمالٍ، والكَفالةُ تبرُّعٌ من وجهٍ، فلم تكن تِجارةً مُطلَقةً.

والنّائمُ والْمُغمى عليه كالْمَجنون؛ لأنهما ليسا من أَهل الْمَعرِفةِ والتَّمييزِ، وهما شَرطان لصِحّة الإقرارِ، وإقرارُ السَّكرانِ جائِزٌ بالحُقوق كلِّها إلا بالحُدود الخالِصةِ.

والرِّدّةُ بمَنزِلة سائِرِ التَّصرُّفاتِ، تَنفُذُ من السَّكران كما تَنفُذُ من الصّاحي.

وكما يَصِحُّ الإقرارُ بالْمَعلوم يَصِحُّ بالْمَجهول؛ لأن الحقَّ قد يَلزَمُه مَجهولًا، بأن أتلَف مالًا لا تُدرى قِيمتُه، أو يُجرَحَ جِراحةً لا يُعلَمُ أَرْشُه؛ لأن الواجِبَ في الجِراحات أن تُستأنى[2] حَولًا، فلا يُعلَمُ في الحال[3] مُوجَبُه، أو يَبقى عليه باقِيه حِسابٌ لا يُحيطُ به عِلمُه؛ لأن الإقرارَ إخبارٌ عن ثُبوت الحقِّ، وقد أخبَر بهذه الصِّفةِ، فيَثبُتُ.

---

(١) في (أ): منه.

(٢) في (ج): أن تنتظر.

(٣) في (د): المآل.

بخِلاف الجَهالةِ في الْمُقَرِّ له[1] إذا كانت مُتفاحِشةً، بأن قال: (هذا العبدُ لواحِدٍ من النّاس)؛ لأن الْمَجهولَ لا يَصلُحُ مُستحَقًّا.

وإن لم تكن.. بأن أقَرَّ أنه غَصَب هذا العبدَ من هذا أو من هذا، فإنه لا يَصِحُّ هذا الإقرارُ عندَ شمسِ الأئمّةِ السَّرَخسيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه إقرارٌ للمَجهول، وإنه لا يُفيدُ؛ لأن فائِدتَه الجبرُ على البَيان، ولا يُجبرُ على البَيان.

وقِيل: يَصِحُّ، وهو **الأَصَحُّ**؛ لأنه يُفيدُ؛ لأن فائِدتَه وُصولُ الحقِّ إلى الْمُستحِقّ، وطَريقُ الوُصولِ ثابِتٌ؛ لأنهما إذا اتَّفَقا على أَخذه فلهما حقُّ الأخذِ، ويُقالُ له: (بَيِّن الْمَجهولَ)؛ لأن الإجمالَ وَقَع من جِهَته، وبَيانُ الْمُجمَلِ على الْمُجمِلِ، وصار كما لو أعتَق أحدَ عَبدَيه، فإن لم يُبيِّن أجبَره القاضِي على البَيان؛ إيصالًا للحقِّ إلى الْمُستحِقّ.

فإن قال: (عليَّ شيءٌ) أو (حقٌّ): لَزِمه أن يُبيِّنَ ما له قِيمةٌ؛ لأنه وَصَفه بالوُجوب في ذِمّته؛ لأن (على) للإيجابِ والإلزامِ، وما لا قِيمةَ له لا يَتَّصِفُ بالوُجوب في الذِّمّة.

وذَكَر في «الْمُحِيط» و«الْمُستزادِ»: ولو قال الرَّجُلُ: (لِفُلانٍ عليه[2] حقٌّ)، ثم قال مَفصولًا: (عَنَيتُ به حقَّ الإسلامِ): لا يُصدَّقُ، وإن قال مَوصولًا يُصدَّقُ[3]؛ لأنه بَيانُ تَغييرٍ باعتِبار العُرفِ؛ لأنه لا يُرادُ به في العُرف حقُّ الإسلامِ، وإنما يُرادُ به حُقوقٌ مالِيّة.

وكذا لو قال: (غَصَبتُ منه شيئًا)، فإنه يَصِحُّ إقرارُه.

والحاصِلُ: أن كلَّ تَصرُّفٍ لا يُشترَطُ لصِحّته وتَحقُّقِه إعلامُ ما صادَفه ذلك التَّصرُّفِ.. فالإقرارُ به مع الجَهالةِ صَحيحٌ، وذلك كالغَصب والوَديعةِ، فإن الجَهالةَ

---

(١) في (ج): المقر به.

(٢) في (هـ): علي.

(٣) في (د): لا يصدق.

لا تَمنَعُ تَحقُّقَ الغصبِ، فإن من غَصَب من رَجُلٍ مالًا مَجهولًا في كيسٍ، أو أودَعه مالًا مَجهولًا في كيسٍ: فإنه يَصِحُّ[1] الغصبُ والوَديعةُ، ويَثبُتُ حُكمُهما.

وكلُّ تَصرُّفٍ يُشتَرَطُ لصِحّته وتَحقُّقِه إعلامُ ما صادَفه ذلك التَّصرُّفُ.. فالإقرارُ[2] به مع الجَهالةِ لا يَصِحُّ، وذلك كالبَيع والإجارةِ، فإن من أقَرَّ أنه باع من فُلانٍ شيئًا، أو آجَر من فُلانٍ شيئًا، أو اشتَرى من فُلانٍ كذا شيءٍ: لا يَصِحُّ إقرارُه، ولا يُجبرُ الْمُقِرُّ على تَسليم شيءٍ.

وهذا لأن الثّابتَ بالإقرار كالثّابِت مُعايَنةً، ولو عَاينا أنه باع منه شيئًا مَجهولًا لا يَجِبُ تَسليمُ شيءٍ بحُكم هذا البيعِ؛ لكَونه فاسِدًا، فكذا إذا ثَبَت بالإقرار، ولو عايَنا أنه غَصَب منه شيئًا مَجهولًا، أو أودَعه شيئًا مَجهولًا.. في كيسٍ: يُجبرُ على الرَّدّ، فكذا إذا ثَبَت بالإقرار.

وإذا صَحَّ الإقرارُ بالغَصب مع الجَهالةِ يُجبرُ الْمُقِرُّ على البَيان؛ حقًّا للمُقَرِّ له، فإذا بَيَّن شيئًا.. إن[3] بَيَّن ما هو مالٌ مُتقوَّمٌ، وصَدَّقه الْمُقَرُّ له فيما بَيَّن، ولم يَدَّعِ عليه زِيادةً: كان على الْمُقِرّ تَسليمُ ما بَيَّن فقط.

وإن صَدَّقه فيما بَيَّن، وادَّعى عليه الزِّيادةَ: لَزِمه تَسليمُ ما بَيَّن؛ لوُجود الإقرارِ والتَّصديقِ فيه، والقولُ في الزِّيادة قولُ الْمُقِرّ مع حَلِفِه؛ لأنه يُنكِرُ الزِّيادةَ.

وإن كَذَّبه فيما بَيَّن، وادَّعى شيئًا آخرَ: بَطَل إقرارُه بالتَّكذيب، وكان القولُ للمُقِرِّ[4] فيما ادَّعى عليه.

---

(١) في (د): لا يصح.

(٢) في (هـ): بالإقرار.

(٣) في (د): أي.

(٤) في (ج): للمقر له.

وإن بَيَّن ما ليس بمالٍ.. إن صَدَّقه المُقَرُّ له فيما بَيَّن: لم يكن عليه شيءٌ آخرُ، سواءٌ بَيَّن ما يُقصَدُ بالغَصب، بأن قال: (غَصبتُ منه امرَأتَه) أو (ولَدًا صَغيرًا) أو مالًا يُقصَدُ بالغَصب، بأن قال: (غَصبتُ منه كفًّا من تُرابٍ) أو (حبةَ سِمسِمٍ) أو (بُرٍّ).

وإن كَذَّبه، وادَّعى عليه غصْبَ مالٍ مُتقوِّمٍ: لا يُصدَّقُ المُقِرُّ، سواءٌ بَيَّن ما لا يُقصَدُ بالغَصب أو ما يُقصَدُ بالغَصب؛ لأن مُطلَقَ اسمِ الغصبِ يَنطلِقُ على أَخذ مالٍ مُتقوِّمٍ في العُرف، فصار كأنه قال: (غَصَبتُ مالًا)، ثم بَيَّن أنه غَصَب ما ليس بمالٍ، فلا يَكونُ مُصدَّقًا؛ لأنه رُجوعٌ عما أقَرَّ به.

ولو قال: (لفُلانٍ عليَّ مالٌ) فالقولُ قولُه في القَدْر، ويُقبَلُ قولُه في القَليل والكثيرِ؛ لأن الكلَّ مالٌ؛ لأنه اسمٌ لِما يُتموَّلُ به، وذا مَوجودٌ في الكلّ؛ إلا أنه لا يُصدَّقُ في أقَلَّ من دِرهَمٍ؛ لأنه لا يُعَدُّ مالًا عادةً.

ومالٌ عَظيمٌ: نِصابٌ.

ولو قال: (له عليَّ مالٌ عَظيمٌ من الدَّراهِم): لم يُصدَّق[1] في أقَلَّ من مِائتَي دِرهَمٍ؛ لأن النِّصابَ عَظيمٌ، حتى صار صاحِبُه به غنيًّا.

وهذا قولُ أبي يوسف ومحمدٍ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ ورِوايةٌ عن أبي حنيفة، وعنه: أنه يُصدَّقُ في عَشرة دَراهِمَ؛ لأنها مالٌ عَظيمٌ، حتى يُقطَعُ بها العُضوُ، ويُستباحُ بها البُضعُ.

وهذا إذا قال: (من الدَّراهِم)، فإن قال: (من الدَّنانير) فالتَّقديرُ فيها بالعِشرين، وفي الإبِل بخمسٍ وعِشرين؛ لأنه أدنى نِصابٍ يَجِبُ فيه من جِنسه.

وكان يَنبَغي أن يُقدَّرَ فيه بخمسٍ؛ لأنه يَجِبُ فيه شاةٌ، فكان غنيًّا.

قُلنا: هو مالٌ عَظيمٌ من وجهٍ، حتى تَجِبُ فيه الزَّكاةُ، وليس بعَظيمٍ من وجهٍ، حتى

(١) في (هـ): ولو قال مال عظيم لم يصدق.

لا يَجِبُ فيه من جِنسه، فاعتبَرنا ما ذَكَرنا ليَكونَ عَظيمًا مُطلَقًا؛ إذ الْمُطلَقُ يَنصرِفُ إلى الكامِلِ، وفي غَير مالِ الزَّكاةِ: بقِيمة النِّصابِ.

ولو قال: (أموالٌ عِظامٌ): فالتَّقديرُ بثَلاثة نُصُبٍ من فَنٍّ[1] سَمّاه؛ تَحقيقًا لأَدنى الجمعِ، حتى لو قال: (من الدَّراهِم): كان سِتَّمائةِ دِرهَمٍ.

ودَراهِمُ كَثيرةٌ (س م): عَشَرةٌ.

ولو قال: (دَراهِمُ كَثيرةٌ): لم يُصدَّق في أَقَلَّ من عَشَرة دَراهِمَ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنه أَقصى ما يَنتَهي إليه اسمُ الجمعِ، وقد مَرَّت في الأَيمان.

وعندَهما: لم يُصدَّق في أَقَلَّ من مِائتَين؛ لأن صاحِبَ الأَقَلِّ من الْمِائتَين مُقِلٌّ، حتى لا يَلزَمُه مُواساةُ غيرِه، وصاحِبَ النِّصابِ مُكثِرٌ؛ بدَليل وُجوبِ مُواساةِ غيرِه.

ودَراهِمُ: ثَلاثةٌ.

ولو قال: (دَراهِمُ): فهي ثَلاثةٌ؛ لأنه أَدنى الجمعِ الْمُتَّفَقِ عليه؛ لِما عُرِف في أُصول الفِقهِ، ولا غايةَ لأَقصاه، فانصَرَف إلى الأَدنى؛ لتَيقُّنه، إلا أن يُبيِّنَ أكثَرَ منها؛ لأن اللَّفظَ يَحتمِلُه، وفيه تَغليظٌ على نَفسه، ويَنصرِفُ إلى الوَزن الْمُعتادِ؛ لأن مُطلَقَ الكَلامِ يَنصرِفُ إلى الْمُعتاد[2]، كما مَرَّ في البُيوع.

فإن ادَّعى وزنًا أَقَلَّ من ذلك: لم يُصدَّق؛ لأنه رُجوعٌ.

وكذا كذا دِرهَمًا: أَحَدَ عَشَرَ، وبواوٍ: أَحَدٌ وعِشرون.

ولو قال: (كذا كذا دِرهَمًا): لم يُصدَّق في أَقَلَّ من أحدَ عشَرَ؛ لأن (كذا) كِنايةٌ عن

---

(١) في (أ): من من، وفي (د): (ممن) بدل (من فن).

(٢) في (ج): الكمال.

عدَدٍ مَجهولٍ، فقد أقَرَّ بعدَدَين مَجهولَين ليس بينَهما حرفُ العطفِ، وأقَلُّ عددَين ليس بينَهما حرفُ العطفِ من الْمُفسَّر أحدَ عشَرَ.

ولو قال: (كذا وكذا دِرهَمًا): لم يُصدَّق في أقَلَّ من أحدٍ وعِشرين؛ لأنه ذَكَر عدَدَين مُبهَمَين بينَهما حرفُ العطفِ، وأقَلُّ ذلك من الْمُفسَّر أحدٌ وعِشرون، ووُجوبُ الأقَلِّ في الفَصلَين[1]: لتَيقُّننا به، والأصلُ في الذِّمَم البَراءةُ.

ولو قال: (كذا دِرهَمًا): فهو دِرهَمٌ؛ لأنه تَفسيرٌ للمُبهَم، كذا ذَكَر في «الهِداية»، وذَكَر في «التَّتِمّة» و«فَتاوى» القاضِي فخرِ الدِّينِ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: لو قال: (كذا دِينارًا): عليه دِيناران؛ لأن (كذا) كِنايةٌ عن العَدَد، وأقَلُّ العدَدِ اثنان.

ولو قال: (كذا كذا كذا دِرهَمًا): فهو أحدَ عشَرَ؛ حَملًا للواحِد منها[2] على التَّكرار؛ إذ لا نَظيرَ له سِواه.

وإن قال: (كذا وكذا وكذا دِرهَمًا): فمِائةٌ وأحدٌ وعِشرون؛ لأنه أقَلُّ ما يُعبَّر عنه بثَلاثة أعدادٍ مع العاطِفِ.

ولو رَبَّع يُزادُ عليها الألفُ؛ لأن ذا نَظيرُه.

(عليّ) و(قِبَلي): دَينٌ.

وإن قال: (له عليّ) أو (قِبَلي): فقد أقَرَّ بالدَّين؛ لأن (على) للإيجاب والإلزام، و(قِبَلي) يُنبِئُ[3] عن الضَّمان، يُقالُ: (قَبِل فُلانٌ عن فُلانٍ)، أي ضَمِن، وسُمِّي الكَفيلُ قَبيلًا[4]: لأنه ضامِنٌ للمال، وسُمِّي الصَّكُّ الذي هو حُجّةُ الدَّينِ: قَبالةً.

---

(١) في (ب) و(ج): ووجوب الأقل لفصلين.

(٢) في (ج) و(د): منهما.

(٣) في (ب) و(ج) و(هـ): وقيل ينبي.

(٤) في (هـ): ضمينًا.

ولو قال المُقِرُّ: (هي وَديعةٌ) ووَصَل: صُدِّق؛ لأن المَضمونَ عليه الحِفظُ، والمالُ محَلُّه، فقد ذَكَر المحَلَّ وأَراد به ما يَحُلُّه، فاحتَمَله اللَّفظُ مَجازًا، فيَصِحُّ مَوصولًا لا مَفصولًا.

وذُكِر في نُسَخ «الْمُختصَرِ» في قَوله: (قِبَلي): أنه إقرارٌ بالأَمانة؛ لأن اللَّفظَ يَتناوَلُهما، يُقالُ: (ليس لي قِبَلَ فُلانٍ دَينٌ) و(ليس لي قِبَلَ فُلانٍ وَديعةٌ).

ولو قال: (لا حقَّ لي قِبَلَ فُلانٍ): يَكونُ إبراءً عن الدَّين والأَمانةِ جَميعًا، والأَمانةُ أقَلُّهما، فانصَرَف اللَّفظُ إليها.

والأَوَّلُ مَذكورٌ في «الْمَبسوط»، وهو الأَصَحُّ؛ لأن استِعمالَه في الدُّيون أغلَبُ وأكثَرُ، فكان الحملُ عليه أَحرى وأَجدَرَ.

(عِندي)، (معي)، (في بَيتي)، (صُندوقِي)، (كِيسِي): أمانةٌ.

ولو قال: (عِندي) أو (معي) أو (في ذِمّتي[1]) أو (في بَيتي) أو (في صُندوقِي)، أو (في كِيسي): فهو إقرارٌ بالأَمانة في يَده؛ لأن الكلَّ إقرارٌ بكَون الشَّيءِ في يَده، وذا يَكونُ أمانةً ويَكونُ مَضمونًا، والأَوَّلُ أقَلُّهما.

(لي عليك ألفٌ)، فقال: (اتَّزِنْه) أو (انتَقِدْه) أو (أَجِّلني[2] به) أو (قَضَيتُكه): إقرارٌ، ولو أومَأ بـ(نعم): لا.

ولو قال له رَجُلٌ: (لي عليك ألفٌ)، فقال: (اتَّزِنْه وانتَقِدْه) أو (أَجِّلني به) أو (قد قَضَيتُكه): فهو إقرارٌ؛ لأن الكِنايةَ تَنصرِفُ إلى الألف الْمَذكورِ، وهو الْمَوصوفُ بالوُجوب، فكأنه قال: (انتَقِدْ) أو (اتَّزِنْ) أو (أَجِّلْ) أو (قَضَيتُ الألفَ الواجِبَ لك عليّ).

(١) قوله: (أو في ذمتي): مثبت من (هـ).

(٢) في (م): أجلتني.

حتى لو لم يَذكُر الكِنايةَ، بأن قال: (اتَّزِنْ) ونحوَه: لا يَكونُ إقرارًا؛ لأنه لا دَليلَ على انصِرافه إلى الْمَذكور.

ولأن التَّأجيلَ إنما يَكونُ في حقٍّ واجِبٍ؛ لأنه للتَّرفيه[1]، والقَضاءُ يَعتمِدُ سَبْقَ الوُجوبِ؛ لأنه تَسليمُ مِثلِ الواجِبِ، فلا يُتصوَّرُ بدُونه، ودَعوى الإبراءِ كالقَضاء؛ لأن الإبراءَ إسقاطٌ، وهو إنما يَكونُ في مالٍ واجِبٍ عليه.

وكذا دَعوى الصَّدَقةِ والهِبةِ، بأن قال: (تَصدَّقتَ به عليّ) أو (وَهَبتَه لي)؛ لأن هذا دَعوى التَّمليكِ منه، وذا لا يَكونُ إلا بعدَ وُجوبِ المالِ في ذِمّته؛ لأنهما يَرِدان على الدَّين الثّابتِ.

وكذا لو قال: (أَحَلتُك به على فُلانٍ)؛ لأن تَحويلَ الدَّينِ من ذِمّةٍ إلى ذِمّةٍ لا يَكونُ بدُونه.

ولو قِيل له: (هل عليك لفُلانٍ كذا)، فأومَأَ برَأسه بـ (نعم): لا يَكونُ إقرارًا؛ لأن الإشارةَ من الأخرَس قائِمةٌ مَقامَ الكَلامِ، لا من غَيره.

أَقَرَّ بدَينٍ مُؤجَّلٍ، وكُذِّب فيه: عُجِّل، وحَلَفَ الْمُقَرُّ له عليه.

ومن أَقَرَّ بدَينٍ مُؤجَّلٍ، فصَدَّقه الْمُقَرُّ له في الدَّين، وكَذَّبه في التَّأجيل: لَزِمه الدَّينُ حالًّا؛ لأنه أَقَرَّ بحقٍّ على نَفسه، وادَّعى لنَفسه حقًّا فيه، فيُصدَّقُ في الإقرار بلا حُجّةٍ دونَ الدَّعوى، كما لو أَقَرَّ بعبدٍ في يَده أنه لفُلانٍ استأجَره منه، فصَدَّقه الْمُقَرُّ له في الْمِلك دونَ الإجارةِ.

بخِلاف ما لو أَقَرَّ بالدَّراهِم السُّودِ، فصَدَّقه في الإقرار بالدَّراهِم[2] دونَ وصفِ

---

(١) في (ب): للتوفية، وفي (ج): لأن الترفيه، وفي (هـ): للبر فيه.

(٢) في (هـ): بالإقرار في الدراهم.

السَّوادِ؛ فإنه لا يَلزَمُه البِيضُ؛ لأن السُّودَ نوعٌ في الدَّراهِم؛ لأنها لا تَنطبعُ بلا غِشٍّ؛ لكنَّ السُّودَ أكثرُ غِشًّا.

والأجَلُ في الدَّين عارِضٌ، حتى لا يَثبُتُ بلا شرطٍ، والقولُ لِمُنكِرِ العارِضِ، ويُستحلَفُ الْمُقَرُّ له على الأجَل؛ لأن الْمُقِرَّ يَدَّعي عليه التَّأجيلَ، وهو يُنكِرُ التَّأجيلَ، واليَمينُ على الْمُنكِرِ.

وبمِائةٍ ودِرهَمٍ: كلُّها دَراهِمُ.

وإن قال: (له عليَّ مِائةٌ ودِرهَمٌ[1]): فكلُّها دَراهِمُ.

وبمِائةٍ وثَوبٍ: فُسِّرت[ف]، بخِلاف: وثَلاثةِ أثوابٍ.

وإن قال: (عليَّ مِائةٌ وثَوبٌ): لَزِمه ثَوبٌ، والْمَرجِعُ في تَفسير الْمِائةِ إليه.

والقِياسُ في (مِائةٌ ودِرهَمٌ) كذلك، وهو قولُ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه عَطَف مُفسَّرًا على مُبهَمٍ في الفَصلَين، والعطفُ لم يُوضَع للبَيان، فبَقِيَت الْمِائةُ مُبهَمةً فيهما.

ولنا: أن قولَه: (ودِرهَمٌ) بَيانٌ للمِائة عادةً؛ لأن النَّاسَ استَثقَلوا تكرارَ الدِّرهَمِ، واكتَفَوا بذِكره مرّةً.

وهذا فيما يَكثُرُ استِعمالُه، وذا عندَ كَثرةِ الوُجوبِ بكَثرة أسبابِه، وذا في الْمُقدَّرات، كالْمَكيلات والْمَوزوناتِ؛ لأنها تَثبُتُ دَينًا في الذِّمّة سَلَمًا وقرضًا وثَمَنًا[2]، وكذا في جَميع الْمُعامَلاتِ.

بخِلاف الثِّيابِ وما لا يُكالُ ولا يُوزَنُ؛ فإنه لا يَكثُرُ وُجوبُها في الذِّمّة؛ لأن الثِّيابَ لا تَثبُتُ إلا في السَّلَم والنِّكاحِ، وذا لا يَكثُرُ، فبَقِي على الحَقيقة.

---

(١) في (ج): مائة درهم.

(٢) في (هـ): سلمًا أو قرضًا أو ثمنًا.

ولو قال: (مِائةٌ وثَوبان): فهو كقَوله: (مِائةٌ وثَوبٌ)، بخِلاف قولِه: (مِائةٌ وثَلاثةُ أثوابٍ)؛ حيث يَكونُ الكلُّ أثوابًا؛ لأنه ذَكَر عدَدَين مُبهَمَين -أعنِي مِائةً وثَلاثةً- وأعقَبهما تَفسيرًا، فانصَرَف إليهما؛ لأنهما استَويا في الحاجة إلى التَّفسير.

ولا يُقالُ: الأثوابُ لا يَصلُحُ مُميِّزًا[1] للمِائة: لأنها لَمّا اقتَرَنت بالثَّلاثة صار كعدَدٍ واحِدٍ.

وبتَمرٍ في قَوصَرّةٍ: لَزِماه.

ومن أقَرَّ بتمرٍ في قَوصَرّةٍ: لَزِمه التَّمرُ والقَوصَرّةُ.

وفَسَّره في «الأَصل» بقَوله: (غَصَبتُ[2] تمرًا في قَوصَرّةً)؛ وهذا لأنه أقَرَّ بغَصب التَّمرِ بوَصفِ كونِه مَظروفًا، وغصبُ الشَّيءِ بوَصفِ كونِه مَظروفًا لا يَكونُ بدُون غصبِ الظَّرفِ.

وكذا الطَّعامُ في السَّفينة، والبُرُّ في الجُوالِق.

وبدابّةٍ في إصطَبْلٍ[3]: لَزِمته فقط.

وهذا بخِلاف ما لو قال: (غَصَبتُ من قَوصَرّةٍ)؛ لأن (مِن) لابتِداء الغايةِ، فيَكونُ إقرارًا بأن مَبدأَ الغصبِ من القَوصَرّة.

ومن أقَرَّ بدابّةٍ في إصطَبلٍ: لَزِمته الدّابّةُ فقط.

وعلى قِياس قولِ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَلزَمانه؛ لأن الإصطَبلَ غيرُ مَضمونٍ بالغَصب

(١) في (هـ): لا تصلح تمييزًا.

(٢) في (هـ): غصب.

(٣) إصطبل: بكسر الهمزة، وهي همزة أصلية، فكل حروف الكلمة أصول، وهو عجمي معرب، وهو بيت الخيل ونحوها. «تهذيب الأسماء واللغات» ٣/ ٩.

عندَهما، خِلافًا له.

ومِثلُه الطَّعامُ في البيت[1].

وبخاتَمٍ: له حَلْقتُه وفَصُّه[2]، وبسَيفٍ: نَصلُه[3] وجَفْنُه[4] وحَمائِلُه[5]، وبحَجَلةٍ[6]: عِيدانُه[7]، وكِسوتُه.

ومن أقَرَّ لغَيرِه بخاتَمٍ: فله الحَلْقةُ والفصُّ؛ لأن اسمَ الخاتَمِ يَشمَلُهما.

ومن أقَرَّ بسيفٍ: لَزِمه النَّصلُ والجَفنُ والحَمائِلُ؛ لأن الاسمَ يَشمَلُ الكلَّ.

ومن أقَرَّ بحَجَلةٍ: لَزِمه العِيدانُ والكِسوةُ؛ لأن الاسمَ يَنطلِقُ على الكلِّ عُرفًا.

وبثَوبٍ في مِنديلٍ[8]، أو في ثَوبٍ: لَزِماه.

ومن أقَرَّ بغَصب ثَوبٍ في مِنديلٍ، أو بغَصب ثَوبٍ في ثَوبٍ: لَزِماه.

وبثَوبٍ في عَشَرةٍ: ثَوبٌ[م].

---

(١) في (د): النقب.

(٢) الفص: ما يركب في الخاتم من الحجارة الكريمة. «التعريفات الفقهية» ص١٦٥.

(٣) النصل بفتح فسكون، جمعه نصال ونصول: حديدة السهم والرمح والسكين، ونحو ذلك. «لغة الفقهاء» ص٤٨١.

(٤) الجفن: وعاء السيف. «التوقيف» ص١٢٨.

(٥) الحمائل: واحدتها حِمالة عند الخليل، وقال الأصمعي: حمائل السيف: لا واحد لها من لفظها، وإنما واحدها مِحْمَل. «المطلع» ص١٧٣.

(٦) الحجلة: ضرب من الستور، تجعل أمام الأسِرّة. «شرح غريب ألفاظ المدونة» ص٨٦.

(٧) العيدان: جمع عُود، أي الخشبات. «الطلبة» ص١٢٨.

(٨) المنديل: بكسر الميم الزائدة، مِن ندلت يده: إذا أصابها الغَمَر - ريح اللحم وسهكه-. «المطلع» ص٥٠٨.

وإن[1] أقرَّ بغَصب ثَوبٍ في عَشَرة أثوابٍ: لَزِمه ثَوبٌ.

والأصلُ: أن من قال: (غَصَبتُ كذا في كذا).. فإن كان الثّانِي مما يَكونُ وِعاءً للأوَّل وظرفًا له: لَزِماه، نحوَ ثَوبٍ في مِنديلٍ، وثَوبٍ في ثَوبٍ، وطَعامٍ في جُوالِقٍ أو سَفينةٍ، ونحوِ ذلك؛ لأن (في) للظَّرف حَقيقةً، فقد أخبَرَ عن الفِعل فيه، وهو مَظروفٌ، والفِعلُ في الْمَظروف فِعلٌ[2] في الظَّرف؛ وهذا لأنه إخبارٌ عن نَقله، ونقلُ الْمَظروفِ لا يُتصوَّرُ حالَ كونِه مَظروفًا إلا بنَقل ظرفِه، فصار إقرارًا بغَصبهما ضَرورةً.

وإن كان الثّانِي مما لا يَكونُ ظرفًا ووِعاءً للأوَّل، كقَوله: (غَصَبتُ دِرهَمًا في دِرهَمٍ): لم يَلزَمه الثّانِي؛ لأن الدِّرهَمَ لا يَصلُحُ[3] ظرفًا للدِّرهَم، فكان الْمُرادُ به الضَّربَ، والدِّرهَمُ في الدِّرهَم ضربًا يَكونُ واحِدًا.

وإن كان الثّانِي مما يَحتمِلُ أن يَكونَ ظرفًا وأن لا يَكونَ ظرفًا: يُحمَلُ على الظَّرف عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ؛ لأنه حَقيقةً للظَّرف، ومتى أمكَن حملُه على الحَقيقة يُحمَلُ عليها، كما في قَوله: (غَصَبتُ ثَوبًا في عَشَرة أثوابٍ)، فإنه يَلزَمُه عندَ محمدٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ أحدَ عشَرَ ثَوبًا؛ لأن العشَرةَ[4] قد تَكونُ وِعاءً للثَّوب الواحِدِ؛ لأنه قد يُصانُ[5] الثَّوبُ النَّفيسُ في عشَرةٍ من الثِّياب، فصار كقَوله: (حِنطةً في جُوالِقٍ).

وعندَ أبي يوسف، وهو قولُ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لم يَلزَمه إلا ثَوبٌ واحِدٌ؛ لأن الثَّوبَ الواحِدَ لا يُصانُ في عَشَرة أثوابٍ عادةً، فصار بيانًا أن محَلَّ الْمَغصوبِ عشَرةٌ

---

(١) في (هـ): ومن.

(٢) في (هـ): يعد.

(٣) في (هـ): لا يجعل.

(٤) في (هـ): الثوب.

(٥) في (ج): يضاف.

أثوابٍ، كما لو قال: (غَصَبتُ إكافًا على حِمارٍ)، فإنه إقرارٌ بغَصب الإكافِ فقط، وذِكرُ الحِمارِ لبَيان المحَلِّ، وغصبُ الشَّيءِ من محَلٍّ لا يَكونُ مُقتضِيًا غصْبَ المحَلِّ.

ولأن العشَرةَ لا تكونُ وِعاءً؛ إذ الوِعاءُ غيرُ الْمُوعَى، والثَّوبُ إذا لُفَّ في ثِيابٍ فكلُّ ثَوبٍ يَكونُ مُوعًى في حقِّ ما وَراءَه، فيَكونُ الوِعاءُ الثَّوبَ الذي هو ظاهِرٌ، فلا يَتحقَّقُ كونُ العشَرةِ وِعاءً للثَّوب الواحِدِ.

وبخَمسةٍ في خَمسةٍ، وعَنى الضَّربَ[1]: خَمسةٌ(ز)، وإن عَنى (مع): عَشَرةٌ.

ولو قال: (لفُلانٍ عليَّ خَمسةٌ في خَمسةٍ)، وعَنى الضَّربَ والحِسابَ: لَزِمه خَمسةٌ؛ لأن أثرَ الضَّربِ في تكثير الأجزاءِ لا في تكثير المالِ.

وقال الحسَنُ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَلزَمُه خَمسةٌ وعِشرون؛ لأنه الحاصِلُ من ضَرب خَمسةٍ في خَمسةٍ.

ولو قال: (أَردتُ: خَمسةً مع خَمسةٍ): لَزِمه عشَرةٌ؛ لأن اللَّفظَ يَحتمِلُه، قال الله تَعالى: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي﴾ [الفجر: ٢٩]، قِيل: مع عِبادي.

وبـ(من دِرهَمٍ إلى عَشَرةٍ) أو (ما بينَ تِسعةٍ(س م ز))، وبـ(من دارِي ما بينَ هذا الحائِطِ إلى هذا الحائِطِ): ما بينَهما فقط.

ولو قال: (له عليَّ من دِرهَمٍ إلى عشَرةٍ)، أو قال: (ما بينَ دِرهَمٍ[2] إلى عشَرةٍ): لَزِمه تِسعةٌ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ، فيَلزَمُه الابتِداءُ وما بعدَه، وتَسقُطُ الغايةُ الثَّانيةُ.

وقالا: تَلزَمُه العشَرةُ، فتَدخُلُ الغَايتان.

---

(١) الضرب في العدد: تضعيف أحد العددين بالعدد الآخر. «التعريفات» ص١٣٧.

(٢) في (ج): مائة درهم.

وقال زفرُ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَلزَمُه ثَمانيةٌ، ولا تَدخُلُ الغَايتان.

ولو قال: (له من دَاري ما بينَ هذا الحائِطِ إلى هذا الحائِطِ): له ما بينَهما، وليس له من الحائِطَين شيءٌ، وقد مَرَّت الْمَسائلُ مع الدَّلائلِ في الطَّلاق.

فصل في الإقرار بالحمل وللحمل

وبحَمْلٍ، أو له، وبيَّن سَببًا صالِحًا: صحّ، وإن أبهَم[٢] لا.

ومن أقَرَّ بحَمْلٍ أو لحَمْلٍ، وبيَّن سببًا صالِحًا: صَحَّ الإقرارُ، وإلا لا.

اعلَم أنه إذا أقَرَّ بحَمْل أمةٍ أو حَمْلِ شاةٍ لرَجُلٍ: صَحَّ إقرارُه، ولَزِمه؛ لأن له وجهًا صَحيحًا، بأن أوصى رَجُلٌ بالحَمْل لرَجُلٍ، ومات، فأقَرَّ وارِثُه بأن هذا الحَمْلَ لفُلانٍ.

وإذا أقَرَّ لحَمْل فُلانةٍ بألف دِرهَمٍ: فهذا على ثَلاثة أوجُهٍ:

أحَدُها: أن يُبيِّنَ سببًا صالِحًا، بأن قال: (أوصى له فُلانٌ -أو مات أبُوه فوَرِثه- فاستَهْلَكْتُه[١]): فهذا الإقرارُ صَحيحٌ، ولَزِمه المالُ؛ لأنه بيَّن سببًا صالِحًا لو عايَنّاه[٢] نَحكُمُ بوُجوب المالِ عليه، فكذا إذا ثَبَت بإقراره؛ إذ الإقرارُ صَدَر من الأَهل للأَهل؛ إذ الجَنينُ أهلٌ لِمِلك المالِ بالوَصِيّة والإرثِ.

ثم إن جاءت به حيًا في مُدّةٍ يُعلَمُ أنه كان قائِمًا وقتَ الإقرارِ: لَزِمه، بأن وَضَعَتْه لأقَلَّ من سِتّة أشهُرٍ مُذ مات الْمُورِّثُ والْمُوصِي.

وإن وَضَعَتْه لأكثَرَ من سِتّة أشهُرٍ: لم يَستحِقَّ شيئًا، إلا أن تكونَ الْمَرأةُ مُعتدّةً، فحينَئِذٍ إذا وَلَدت لأقَلَّ من سَنتَين، حتى حُكِم[٣] بثُبوت النَّسَبِ: كان ذلك حُكمًا

---

(١) في (ج): أو استهلكه.

(٢) في سوى (أ) و(هـ): عيناه. وانظر «الفتح» ٨/ ٣٤٥.

(٣) في (ب): يحكم.

بوجوده في البَطن حينَ مات الْمُورِّثُ والْمُوصِي.

فإن وَلَدَتْه ميْتًا: فالمالُ مَردودٌ على وَرثة الْمُوصِي والْمُورِّثِ؛ لأنه إقرارٌ في الحَقيقة للمُورِّث والْمُوصِي؛ إذ التَّرِكةُ مُبقّاةٌ على مِلك الميْتِ ما لم تُصرَف إلى وارِثه أو إلى من أَوصى له به.

ولو وَلَدت ولَدَين حَيَّين: فالمالُ بينَهما، فإن كان أَحَدُهما ذَكَرًا، والآخرُ أُنثى.. ففي الوصِيّة: يُقسَمُ بينَهما نِصفَين[1]، وفي الْمِيراث: يُقسَمُ بينَهما للذَّكَر مِثلُ حظِّ الأُنثيَين.

وثانِيها: أن يُبيِّنَ سببًا مُستحيلًا، بأن يَقولَ: (أقرَضني ألفَ دِرهَم)، أو (باع مني[2] شيئًا بأَلف دِرهَم): فهذا الإقرارُ باطِلٌ، ولا يَلزَمُه شيءٌ؛ إذ الْمُبايَعةُ أو الإقراضُ لا يُتصوَّرُ من الجَنين.

أما حَقيقةً: فظاهِرٌ، وأما حُكمًا: فلأنه لا وِلايةَ لأحدٍ على الجَنين حتى يَصيرَ[3] تَصرُّفُه كتَصرُّفه.

فإن قِيل: هذا رُجوعٌ عن الإقرار، والرُّجوع عن الإقرار لا يَصِحُّ وإن كان مَوصولًا.

قُلنا: لا، بل هو بَيانُ سببٍ مُحتمِلٍ لا رُجوعٌ، فيُقبَلُ منه.

وثالِثُها: أن يُبهِمَ الإقرارَ، فإنه لم[4] يَصِحَّ عندَ أبي يوسف[5] رَحِمَهُ اللَّهُ.

وعندَ محمدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَصِحُّ؛ لأن هذا إقرارٌ صَدَر من الأَهل، وقد احتَمَل الصِّحّةَ

---

(١) في (أ): سهمين.

(٢) في (هـ): أو باعني.

(٣) في (هـ): يعتبر.

(٤) في (هـ): لا.

(٥) في (ب) و(ج): أبي حنيفة.

لو حُمِل على الإرث أو الوصِيَّةِ، والفَسادُ لو حُمِل على الإقراض والمُبايَعةِ فيُحمَلُ على السَّبَب الصّالحِ؛ تَصحيحًا لكَلام العاقِلِ، وإعمالًا للإقرار الذي هو من الحُجَج.

ولأبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: أن هذا إقرارٌ احتَمَل الجَوازَ والفَسادَ، وقد تَعذَّر حملُه على الجَواز، فيُحكَمُ بالفَساد؛ وهذا لأن للجَواز جِهَتَين[1]: الوصِيّةَ والإرثَ، والجمعُ بينَهما مُتعذِّرٌ، وليس أحَدُهما بأن يُعتبَرَ سببًا أَولى من الآخَر، فتَعذَّر الحملُ على الجَواز، فتَعيَّن الفَسادُ.

كما لو اشتَرى عبدًا بألفٍ، ثم باعه من البائع مع عبدٍ آخَرَ بألفٍ وخمسِمائةٍ، وقِيمتُهما سَواءٌ: فإن البيعَ يَفسُدُ في الذي اشتَراه من البائِع وإن احتَمَل الجَوازَ؛ لأن للجَواز جِهتَين: أن يُصرَفَ إليه مِثلُ الثَّمَنِ الأوَّلِ أو أكثَرُ، والجمعُ بينَهما مُتعذِّرٌ، ولا رُجحانَ لأحَدهما على الآخَر، فحَكَمنا بالفَساد ضَرورةً.

بخِلاف ما لو أقرَّ بحَمْلٍ؛ لأن طَريقَ التَّصحيحِ مُتعيِّنٌ بالوَصِيّة، كما مَرّ، والله أعلَمُ.

(١) في (ب) و(ج): وجهين.

(٤) في ...

(٥) في (ب) ...

باب الاستثناء وما في معناه

وبشَرط الخِيارِ لَزِمه، وبَطَل الشَّرطُ، كإِقراره إن وَصَل بـ (إن شاء اللهُ).

ومن أَقَرَّ بشَرط الخِيارِ: لَزِمه المالُ، وبَطَل الشَّرطُ.

أي إذا أَقَرَّ رَجُلٌ لرَجُلٍ بدَينٍ على أنه فيه بالخِيار ثَلاثةَ أيّامٍ: فالإقرارُ جائِزٌ؛ لوُجود الصِّيغةِ الْمُلزِمةِ، وبَطَل الخِيارُ؛ لأن الإقراضَ إخبارٌ، ولا مَدخَلَ للخِيار في الأَخبار؛ لأن الخبَرَ إن كان صِدقًا فهو واجِبُ العمَلِ به، اختاره أو لم يَختَره، وإن كان كاذِبًا فهو واجِبُ الرَّدِّ، فلا يَتغيَّرُ باختِياره وعدَمِ اختِيارِه[1]، وإنما تَأثيرُ اشتِراطِ الخِيارِ في العُقود ليَتخيَّرَ من له الخِيارُ بينَ فسخِه وإمضائِه.

ومن أَقَرَّ بشيءٍ وقال: (إن شاء اللهُ تَعالى) مُتَّصِلًا بإقراره: لم يَلزَمه الإقرارُ؛ لأن التَّعليقَ بمَشيئة اللهِ تَعالى إبطالٌ عندَ محمدٍ، فبَطَل قبلَ انعِقادِه للحُكم.

وعندَ أبي يوسف رَحِمَهُ اللَّهُ: تَعليقٌ[2] بشرطٍ لا يُوقَفُ عليه، فكان إعدامًا من الأَصل، ولأن الإقرارَ إخبارٌ، والأخبارُ لا تَحتمِلُ التَّعليقَ بالشَّرط؛ لأنه إن كان صِدقًا لا يَصيرُ كَذِبًا بفَوات[3] الشَّرطِ، وإن كان كَذِبًا لا يَصيرُ صِدقًا بوُجود[4] الشَّرطِ.

---

(١) في (ب): باختباره وعدم اعتباره.

(٢) في (ب): تعلق.

(٣) في (ب) و(ج): لفوات.

(٤) في (د) و(هـ): لوجود.

وإنما يَليقُ بالإيجاب: لأنه يَتبيَّنُ به أنه ليس بإيقاعٍ ما لم يُوجَد الشَّرطُ، وكان يَنبَغي أن يَجِبَ المالُ كما في شَرط الخِيارِ، إلا أن التَّعليقَ[1] يَدخُلُ على أَصل السَّبَبِ، فيَمنَعُ كونَ الكَلامِ إقرارًا، والخِيارَ يَدخُلُ على حُكم السَّبَبِ، فإذا لَغا الخِيارُ بَقِي حُكمُ الإقرارِ بِناءً على السَّبَب.

بخِلاف ما لو قال: (لفُلانٍ عليَّ مِائةُ دِرهَمٍ إذا مِتُّ)، أو (إذا جاء رأسُ الشَّهرِ)، أو (إذا أفطَر النّاسُ)؛ لأن هذا ليس من باب التَّعليقِ بالشَّرط، بل هو تأجيلُ الدَّينِ إلى غايةٍ، حتى لو أنكَر الْمُقَرُّ له الأجَلَ يَكونُ المالُ حالًّا؛ لأن موتَه كائِنٌ لا مَحالةَ.

وكذا مَجيءُ رأسِ الشَّهرِ ووقتِ الفِطرِ، ولهذا قالُوا: الْمُرادُ به: دُخولُ وقتِ الفِطرِ، لا حَقيقةُ الفِطرِ، حتى لو عَنى به حَقيقةَ فِعلِ الفِطرِ يَنبَغي أن لا يَصِحَّ إقرارُه.

ويُستَثنى مُجانِسٌ(ف) ثَمَنًا(م ز) مُتَّصِلٌ لا يَستغرِقُ، لا بِناءُ الدّارِ.

ويُستثنى مُجانِسٌ ثَمَنًا مُتَّصِلًا[2] لا يَستغرِقُ.

أي الاستِثناءُ يَجوزُ إذا كان الْمُستَثنى يُجانِسُ الْمُستَثنى منه من حيث الثَّمنِيَّةُ، وكان الاستِثناءُ مُتَّصِلًا غيرَ مُستغرِقٍ، أي لا يَكونُ استِثناءَ الكلِّ من الكلِّ.

بَيانُه: إذا أقَرَّ رَجُلٌ أن لفُلانٍ عليه ألفَ دِرهَمٍ إلا تِسعَمائةٍ وخَمسين دِرهَمًا: صَحَّ الاستِثناءُ، وعليه خَمسون دِرهَمًا؛ لأن الاستِثناءَ تكلُّمٌ بالباقِي بعدَ الثُّنيا، فيَصِحُّ إذا بَقِي بعدَ الْمُستَثنى شيءٌ يَجعَلُ الكَلامَ عِبارةً عنه، والباقِي وَراءَ الْمُستَثنى هنا خَمسون، فكان مُقِرًّا به بهذه العِبارةِ، ولكن لا بُدَّ من الاتِّصال؛ لأنه بَيانُ تَغييرٍ، فيَصِحُّ بشَرط الوصلِ؛ لِما عُرِف في أُصول الفِقهِ.

(١) في (د): لأن.

(٢) في سوى (أ) و(هـ): متصل.

فإن كان الاستِثناءُ مَفصولًا: كان رُجوعًا عن الإقرار بعدَ صِحّتِه، فبَطَل.

وسَواءٌ استَثنى الأقَلَّ أو الأكثَرَ.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ -وهو قولُ مالِكٍ والفرّاءِ وزفرَ[1] رَحِمَهُمُ ٱللَّهُ-: إنه لا يَصِحُّ استِثناءُ الأكثَرِ، وقد مَرَّ في الطَّلاق.

وهذا إذا لم يكن مُستغرِقًا، فإن كان مُستغرِقًا: فالاستِثناءُ باطِلٌ، بأن قال: (له عليَّ ألفُ دِرهَمٍ إلا ألفَ دِرهَمٍ): فإن الألفَ لازِمٌ عليه؛ لأنه لم يَبقَ بعدَ الاستِثناءِ شيءٌ ليَصيرَ الكَلامُ عِبارةً عنه، فكان رُجوعًا عن الإقرار لا استِثناءً، والرُّجوعُ باطِلٌ وإن كان مَوصولًا؛ لأنه إنما يَصِحُّ مَوصولًا ما يَكونُ فيه مَعنى البَيانِ لأوَّل كَلامِه، والإبطالُ ليس من البَيان في شيءٍ.

ولو قال: (له عليَّ ألفُ دِرهَمٍ إلا دِينارًا): فالاستِثناءُ جائِزٌ، ويُطرَحُ من الأَلف قِيمةُ الدِّينارِ، وهذا عندَ أبي حنيفة وأبي يوسف رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ.

والقِياسُ: أن لا يَصِحَّ هذا الاستِثناءُ، وهو قولُ محمدٍ وزفرَ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ.

وعلى هذا الخِلافِ: لو قال: (إلا فَلْسًا) أو (إلا كُرَّ حِنطةٍ)، أو استَثنى شيئًا مما يُكالُ أو يُوزَنُ أو يُعَدُّ.

ولو قال: (إلا شاةً) أو (ثَوبًا) أو (عَرْضًا من العُروض): بَطَل الاستِثناءُ عندَنا.

وقال الشّافعيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَصِحُّ، ويُطرَحُ عنه قَدْرُ قِيمةِ الْمُستَثنى.

لمحمدٍ وزفرَ رَحِمَهُمَا ٱللَّهُ: أن الاستِثناءَ استِخراجُ[2] بعضِ ما تَناوله صدرُ الكَلام، على مَعنى أنه لولا الاستِثناءُ لكان داخِلًا تحتَ الصَّدرِ، وهذا لا يُتصوَّرُ في خِلاف الجِنسِ.

---

(١) قوله: (وزفر) مثبت من (هـ).

(٢) في (د): إخراج.

والكَلامُ مع الشّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ بِناءً على الاختِلاف في كَيفيّة عمَلِ الاستِثناءِ، فعندَه: الاستِثناءُ يَمنَعُ الحُكمَ بطَريق الْمُعارَضةِ[1]، أي إنما امتَنَع ثُبوتُ الحُكمِ في الْمُستَثنى لدَليلٍ[2] مُعارِضٍ، كدَليل الخُصوصِ في العامّ.

فتَقديرُ قولِه: لفُلانٍ عليَّ عشَرةٌ إلا دِرهَمًا[3]، فإنه ليس عليّ، فعدَمُ لُزومِ الدِّرهَمِ للدَّليل الْمُعارِضِ لأوّل كَلامِه، لا لأنه يَصيرُ بالاستِثناء كأنه لم يَتكلَّم به؛ لأن أهلَ اللُّغةِ أطبَقوا أن الاستِثناءَ من النَّفي إثباتٌ، ومن الإثبات نفيٌ، وهذا إجماعٌ منهم أن للاستِثناء حُكمًا يُعارِضُ به حُكمَ الصَّدرِ.

ولأن كَلِمةَ الشَّهادةِ كَلِمةُ تَوحيدٍ بالاتِّفاق، فلو لم يكن للاستِثناء حُكمٌ يُضادُّ حُكمَ الصَّدرِ لكان هذا نفيًا للشِّرْكة لا تَوحيدًا.

فإذا ثَبَت هذا الأصلُ فقال[4]: العمَلُ بالدَّليل الْمُعارِضِ واجِبٌ بحَسَب الإمكانِ، وقد أمكَن هنا؛ للمُجانَسة من حيث الماليّةُ.

وعندَنا: الاستِثناءُ يَمنَعُ التَّكلُّمَ بحُكمه بقَدْر الْمُستَثنى، فيَصيرُ كالْمُتكلِّم بما وراءَ الْمُستَثنى، ويَخرُجُ كَلامُه في القَدْر الْمُستَثنى من أن يَكونَ إيجابًا؛ لقَوله تَعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾ [العَنكبوت: ١٤]، وامتِناعُ ثُبوتِ الحُكمِ لقِيام الدَّليلِ الْمُعارِضِ يكونُ في الإيجاب لا في الإخبار.

وقد قال أهلُ اللُّغةِ قاطِبةً: إن الاستِثناءَ استِخراجٌ وتكلُّمٌ بالباقي بعدَ الثُّنيا، فنَجمَعُ

---

(١) في (د): المعاوضة.

(٢) في (هـ): بدليل.

(٣) في (أ): إلا درهمًا إلا درهمًا. وانظر «الفتح» ٨/ ٣٥٤.

(٤) في (هـ): فقابل.

بينَ القَولَين ونَقولُ: إنه استِخراجٌ وتكلُّمٌ بالباقِي بوَضعه[1]، وإثباتٌ ونفيٌ بإشارته، واختِير[2] الإثباتُ في كَلِمة التَّوحيدِ إشارةً، والنَّفيُ قصدًا: لأنه المَقصودُ؛ إذ الكُفَّارُ يُقِرُّون به، إلا أنهم يُشرِكون معه غيرَه، قال اللهُ تَعالى: ﴿وَلَئِن سَأَلْتَهُم مَّنْ خَلَقَ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضَ لَيَقُولُنَّ ٱللَّهُۚ﴾ [لقمان: ٢٥].

فإذا ثَبَت هذا الأصلُ فنَقولُ: إنما يَصِحُّ استِثناءُ الثَّوبِ أو نحوِه إذا تَناوَله صدرُ الكَلامِ، ولم يكن الصَّدرُ مُتناوِلًا للثَّوب، فلم يكن استِثناءً، بل كَلامًا مُبتدأً لبَيان أنه ليس عليه شيءٌ من الثَّوب، وعدَمُ وُجوبِ الثَّوبِ عليه لا يُنافِي وُجوبَ الألفِ عليه.

والقِياسُ كذلك فيما إذا استَثنى مَكيلًا أو مَوزونًا أو مَعدودًا من خِلاف جِنسِه؛ لأن الصَّدرَ لم يَتناوَله، ولكنَّ أبا حنيفة وأبا يوسف رَحِمَهُمَاٱللَّهُ استَحسَنا وقالا: الْمُقدَّراتُ جِنسٌ واحِدٌ مَعنًى، وإن كانت أجناسًا صُورةً؛ لأنها تَثبُتُ في الذِّمّة ثَمنًا.

أما الدِّينارُ: فظاهِرٌ، وكذا غيرُه؛ لأن الكَيليَّ أو الوَزنيَّ مَبيعٌ بأَعيانهما، ثَمنٌ بأَوصافهما، حتى لو عُيِّنا تَعلَّق العقدُ بأَعيانهما، ولو وُصِفا ولم يُعيَّنا صار حُكمُهما كحُكم الدِّينارِ، ولهذا يَستَوي الجيِّدُ والرَّديءُ فيهما، فكانت في حُكم الثُّبوتِ في الذِّمّة كجِنسٍ واحِدٍ مَعنًى.

والاستِثناءُ استِخراجٌ وتكلُّمٌ بالباقِي مَعنًى لا صُورةً؛ لأنه تكلُّمٌ بالألف صُورةً، والعَدَديّاتُ التي لا تَتفاوَتُ[3] كالْمُقدَّرات في ذلك.

أما الثَّوبُ أو الشّاةُ: فليس من جِنس الْمُقدَّراتِ مَعنًى؛.......................

---

(١) في (ب) و(ج): بوصفه.

(٢) في (ب) و(ج): والحبس.

(٣) في (هـ): التي تتقارب.

لأنه(1) لا يَصلُحُ ثَمَنًا، فلم يكن استِثناؤه استِخراجًا صُورةً ولا مَعنًى، فكان باطِلًا.

فإن قُلت: إن فاتَت(2) الْمُماثَلةُ من حيث(3) الثَّمَنيّةُ فقد بَقِيت من حيث الماليّةُ، فلِمَ لا يَصِحُّ(4) الاستِخراجُ باعتِبارها؟

قلتُ: الأثمانُ مُقدِّرةٌ لماليّة الأشياءِ؛ لأنها مُقدَّرةٌ، فتَصلُحُ أن تكونَ مُقدِّرةً للدَّراهِم الْمُستَثناةِ، فكأنه ذَكَر الْمُقدَّرَ(5) وتَرَك الْمُقدِّرَ؛ لدَلالة الْمُقدَّرِ(6) على الْمُقدِّر، فكان استِثناءَ(7) الدِّرهَمِ من الدَّراهِم مَعنًى.

وما لا يَصلُحُ ثَمَنًا لا يَكونُ من الْمُقدَّرات، فلا يَصلُحُ مُقدِّرًا للدَّراهِم الْمُستثناةِ؛ لافتِقار الْمُقدَّرِ إلى كَونه مُقدِّرًا، فيَبقى الْمُستَثنى من الدَّراهِم مَجهولًا، فلا يَصِحُّ الاستِثناءُ؛ لأنه استِخراجٌ مَعنًى، ولم يَصِحَّ الاستِخراجُ مَعنًى، فبَطَل.

ولو قال: (هذه الدّارُ لفُلانٍ، إلا بِناءَها فإنه لي): فللمُقَرِّ له(8) الدّارُ والبِناءُ؛ لأن اسمَ الدّارِ لا يَتناوَلُ البِناءَ مَقصودًا؛ إذ الدّارُ اسمٌ لِما أُدِير عليه الحائِطُ من البُقعة، والبِناءُ يَدخُلُ تَبَعًا لا لفظًا، والاستِثناءُ إنما يَكونُ مما تَناوَله الكَلامُ نصًّا(9)؛ لأنه إخراجُ ما

---

(1) في (ج): حتى.

(2) في (ب) و(د): كانت.

(3) في (د): جنس.

(4) في (هـ): فلم يصح.

(5) في (ج) و(ك): القدر.

(6) في (ج): القدر.

(7) في (هـ): فإن كان الاستثناء استثناء الدراهم من الدراهم.

(8) في (ب): فللمقر الدار.

(9) في (ب) و(د): أيضًا.

لولاه لكان الكلامُ مُتناوِلًا له[1].

واستِثناءُ التَّوابعِ باطِلٌ؛ لأن الْمَعنى الذي لأَجله كان يَدخُلُ لولا الاستِثناءُ لا يَفوتُ بالاستِثناء؛ إذ التَّبَعيّةُ قائِمةٌ بعدَ الاستِثناءِ، وهذا كمن قال: (هذه الأمةُ لفُلانٍ إلا طَرَفَها)، فإنه باطِلٌ.

والنَّخلةُ في البُستان، والفَصُّ في الخاتَم: نَظيرُ البِناءِ في الدّار؛ لأنهما يَدخُلان في البُستان والخاتَمِ تَبَعًا لا لفظًا، فلا يَصِحُّ استِثناؤُهما، بخِلاف ما لو قال: (إلا ثُلُثَها)، أو (إلا بيتًا منها)؛ لأنه دَخَل فيه لفظًا، فصَحَّ الاستِثناءُ.

ولو قال: (بِناؤُها لي، والعَرْصةُ[2] لك): فكما قال.

ولو قال: (بِناءُ هذه الدّارِ لي، والعَرْصةُ لفُلانٍ): فهو كما قال؛ لأن العَرْصةَ عِبارةٌ عن البُقعة الخالِيةِ عن البِناء والشَّجَرِ، فكأنه قال: (بَياضُ هذه الأرضِ دونَ البِناءِ لفُلانٍ).

ولو قال: (بِناءُ هذه الدّارِ لي، وأرضُها لفُلانٍ): كانت الأرضُ والبِناءُ لفُلانٍ؛ إذ الإقرارُ بالأَرض إقرارٌ بالبِناء تَبَعًا، كالإقرار بالدّار.

و(بألفٍ من ثَمَن عبدٍ بعَينه اشتريته منه ولم أقبِضْه[3])، وسَلَّم: أخذ الألفَ، وإلا لا، وإن لم يُعيِّن: لَزِمه(س م) الألفُ، كقَوله(س م): (من ثَمَن خمرٍ) أو (خِنزيرٍ).

(١) في (هـ): متناوله.

(٢) عَرْصة الدار: ساحتها، وهي البقعة الواسعة التي ليس فيها بناء، والجمع عراص، مثل كلبة وكلاب، وعَرَصات، مثل سجدة وسجدات.

وقال أبو منصور الثعالبي في كتاب «فقه اللغة»: كل بقعة ليس فيها بناء فهي عرصة، وفي كلام ابن فارس نحو من ذلك، وفي «التهذيب»: وسميت ساحة الدار عرصة: لأن الصبيان يعترصون فيها، أي يلعبون ويمرحون. «المصباح» ٢/ ٤٠٢.

(٣) قوله: (اشتريته منه ولم أقبضه): زيادة من (ع).

ولو قال: (له عليَّ ألفُ دِرهَمٍ من ثَمَن عبدٍ اشتَريتُه منه ولم أقبِضه).. فإن ذَكَر عبدًا بعَينه قِيل للمُقَرِّ له: إن شِئتَ فسَلِّم العبدَ وخُذ الألفَ، وإلا فلا شيءَ لك.

وهذه الْمَسألةُ على وُجوهٍ:

أحَدُها: هذا، وهو: أن يُصدِّقَه ويُسلِّمَ العبدَ، وجَوابُه ما ذَكَرنا؛ لأن ما ثَبَت بتَصادُقهما كالثّابِت عِيانًا.

والثّاني: أن يَقولَ الْمُقَرُّ له: (العبدُ عبدُك ما بِعتُكه، وإنما بِعتُك عبدًا غيرَه)، وفيه المالُ لازِمٌ على الْمُقِرّ؛ لأنه أقَرَّ بوُجوب المالِ عليه عندَ سَلامةِ العبدِ له، وقد سَلِم العبدُ له حينَ أقَرَّ ذو اليدِ أنه مِلكُه، فيَلزَمُه المالُ، والأسبابُ مَطلوبةٌ لأَحكامها لا لأَعيانها، فلا يُعتبَرُ التَكاذُبُ في السَّبَب بعدَ اتِّفاقِهما على وُجوب أصلِ المالِ.

والثّالثُ: أن يَقولَ: (العبدُ عَبدي، ما بِعتُك)، وحُكمُه: أن لا يَلزَمَ الْمُقِرَّ شيءٌ؛ لأنه إنما أقَرَّ له بالمال إذا سَلِم له العبدُ، ولم يَسلَم له العبدُ.

والرّابعُ: أن يَقولَ: (العبدُ عَبدي، ما بِعتُكه، وإنما بِعتُك غيرَه)، وحُكمُه: أن يَتحالَفا؛ لأن كلَّ واحِدٍ منهما مُدَّعٍ ومُنكِرٌ؛ وهذا لأن الْمُقِرَّ يَدَّعي تَسليمَ من عَيَّنه، والآخرَ يُنكِرُ، والْمُقَرُّ له يَدَّعي على الْمُقِرِّ ألفًا ببَيع غيرِه، وهو يُنكِرُ، وإذا تَحالَفا انتَفى دَعوى كلِّ واحِدٍ منهما عن صاحِبه، فلا يُقضى عليه بشيءٍ من المال، والعبدُ سالِمٌ لمن في يَده.

هذا إذا ذَكَر عبدًا بعَينه، فإن قال: (من ثَمَن عبدٍ اشتَريتُه منه ولم أقبِضه، ولم يُعيِّنه): لَزِمه الألفُ، ولا يُصدَّقُ في قَوله: (ما قَبَضتُ) عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وَصَل أم فَصَل؛ لأنه رُجوعٌ عما أقَرَّ به، والرُّجوعُ عن الإقرار باطِلٌ، مَوصولًا كان أو مَفصولًا.

وهذا لأنه أقَرَّ بوُجوب المالِ عليه نظَرًا إلى قَوله: (عليّ)؛ إذ هو للإلزام، وإنكارُه القبضَ في غَير الْمُعيَّنِ يُنافِي الوُجوبَ أصلًا؛ لأن ثَمَنَ عبدٍ هو غيرُ مُعيَّنٍ لا يَكونُ واجِبًا

على الْمُشتَري إلا بعدَ القبضِ؛ لأن ما لا يَكونُ بعَينه فهو في حُكم الْمُستهلَكِ؛ لأنه لا طَريقَ للوُصول إليه، فإنه ما من عبدٍ يُحضِرُه إلا وللمُشتَري أن يَقولَ: (الْمَبيعُ غيرُ هذا)، وتَسليمُ الثَّمَنِ[1] لا يَجِبُ إلا بإِحضار الْمَبيعِ، فعُلِم أنه في حُكم الْمُستهلَكِ، فكأنه أقَرَّ بالقَبض ثم رَجَع عنه.

وقال أبو يوسف ومحمدٌ رَحِمَهُمَاٱللَّهُ: إن وَصَل صُدِّق، ولم يَلزَمه شيءٌ، وإن فَصَل لم يُصدَّق إذا أنكَر الْمُقَرُّ له أن يَكونَ ذلك من ثَمَن عبدٍ.

وإن أقَرَّ أنه ثَمَنُ العبدِ: فالقولُ قولُ الْمُقِرِّ (إني لم أقبِضه)؛ لأن قولَه: (له عليَّ ألفُ دِرهَمٍ) إقرارٌ بوُجوب المالِ عليه، وقولَه: (من ثَمَن عبدٍ اشتَريتُه) بَيانٌ لسَبَب الوُجوبِ، فإذا صَدَّقه الْمُقَرُّ له في هذا السَّبَبِ يَثبُتُ السَّبَبُ بتَصادُقهما.

ثم وُجوبُ المالِ بهذا السَّبَبِ إنما يَتأكَّدُ بالقَبض، والْمُقِرُّ يُنكِرُه، فجَعلنا القولَ قولَه في إنكار القبضِ، وإن كَذَّبه في السَّبَب كان[2] هذا من الْمُقِرِّ بيانًا مُغيِّرًا لِمُقتضى أوَّلِ الكَلامِ؛ لأن مُقتضى أوَّلِ كَلامِه أن يَكونَ مُطالَبًا بالمال في الحال، ولكن على احتِمال أن لا يَكونَ[3] مُطالَبًا به حتى يُحضَرَ العبدُ، وبَيانُ التَّغييرِ يَصِحُّ مَوصولًا ولا يَصِحُّ مَفصولًا[4].

ولو قال: (ابتَعتُ منه شيئًا بألف دِرهَمٍ، إلا أني لم أقبِضه[5]): فالقولُ قولُه[6]

---

(١) في (هـ): المبيع.

(٢) كذا في (أ)، وفي (هـ): وكان، وفي الباقي: فكان. وانظر «الهداية» ٣/ ١٨٣.

(٣) في (هـ): أن يكون.

(٤) في (هـ): يصح موصولاً أو مفصولاً.

(٥) في (هـ): أقبض منه.

(٦) في سوى (أ) و(هـ): له.

بالإجماع؛ لأنه أَقَرَّ بمُجرَّد العقدِ، والإقرارُ بالعَقد لا يَكونُ إقرارًا بالقَبض، بخِلاف الإقرارِ بوُجوب الثَّمَنِ.

وكذا لو قال: (لفُلانٍ عليَّ ألفُ دِرهَمٍ من ثَمَن خمرٍ) أو (خِنزيرٍ): لَزِمه الألفُ، ولم يُقبَل تَفسيرُه عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وَصَل أم فَصَل؛ لأنه رُجوعٌ، فثَمَنُ الخمرِ والخِنزيرِ لا يَكونُ واجِبًا على الْمُسلِم، وأوَّلُ كَلامِه يَدُلُّ على الوُجوب، والرُّجوعُ لا يَعمَلُ، وَصَل أم فَصَل.

وعندَهما: إذا وَصَل صُدِّق، ولا يَلزَمُه شيءٌ؛ لأنه بَيَّن بآخِر كَلامِه أنه أَراد به الإبطالَ دونَ التَّحقيقِ؛ إذ الكَلامُ يَتِمُّ بآخِره، فصار كما لو قال في آخِر كَلامِه: (إن شاء اللهُ تَعالى).

قُلنا: هذا إبطالٌ، والإبطالُ لا يَكونُ بَيانًا، فلم يَصِحَّ وإن كان مَوصولًا.

وقولُه: (إن شاء اللهُ) تَعليقٌ بشرطٍ لا يُوقَفُ عليه، والتَّعليقُ بالشَّرط من باب التَّغييرِ(١)، فيَصِحُّ مَوصولًا.

ولو قال: (من ثَمَن مَتاعٍ) أو (أقرَضني وهي زُيوفٌ) أو (نَبهْرَجةٌ): لَزِمه الجِيادُ(س م)، بخِلاف الغصبِ والوَديعةِ.

ولو قال: (له عليَّ ألفُ دِرهَمٍ من ثَمَن مَتاعٍ)، أو قال: (أقرَضني ألفَ دِرهَمٍ)، ثم قال: (هي زُيوفٌ) أو (نَبهْرَجةٌ) أو (سَتُّوقةٌ) أو (رَصاصٌ)، أو قال: (إلا أنها زُيوفٌ)، أو قال: (لفُلانٍ عليَّ ألفُ دِرهَمٍ زُيوفٍ من ثَمَن مَتاعٍ)، وقال الْمُقَرُّ له: (جِيادٌ): لَزِمه الجِيادُ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وَصَل أم فَصَل.

(١) في (هـ): التعليق.

وقالا: إن وَصَل صُدِّق، وإن فَصَل لا يُصدَّقُ؛ لأنه بَيانٌ مُغيِّرٌ[١]، فيَصِحُّ مَوصولًا لا مَفصولًا، كالاستِثناء والتَّعليقِ؛ وهذا لأن الزُّيوفَ من جِنس الدَّراهِمِ، حتى يَحصُلُ به الاستِيفاءُ في الصَّرف والسَّلَمِ، إلا أن مُطلَقَ الدَّراهِمِ يَتناوَلُ الجِيادَ؛ لأن[٢] بِياعاتِ النّاسِ تكونُ بالجِياد، فكان مُغيِّرًا[٣] للأَصل، فلذلك شُرِط الوصلُ.

وكذا السَّتُّوقةُ تُسمّى دَراهِمَ مَجازًا، والنَّقلُ من الحَقيقة إلى الْمَجاز بَيانٌ فيه تَغييرٌ، فصَحّ، وصار كما لو قال: (إلا أنها وزنُ خَمسةٍ) أو (سِتّةٍ)، ونقدُ بلَدِهم وزنُ سَبعةٍ: صُدِّق إن وَصَل.

وله: أن هذا رُجوعٌ عما أقَرَّ به ودَعوى أمرٍ عارِضٍ، فلا تُقبَلُ وإن وَصَل، كقَوله: (له عليَّ ألفُ دِرهَمٍ من ثَمَن بيعٍ[٤] إلى شهرٍ)، فإن دَعوى الأجلِ لا تُقبَلُ منه.

وهذا لأن الدَّراهِمَ الْمُطلَقةَ جِيادٌ، والزِّيافةُ في الدَّراهِم عَيبٌ، ومُطلَقُ[٥] العقدِ يَقتَضي السَّلامةَ عن العَيب، فإذا ادَّعى أنها زُيوفٌ فقد أَراد إبطالَ ما هو الْمُستحَقُّ بالعَقد، فلا يُصدَّقُ وإن وَصَل.

كما لو ادَّعى البائِعُ أن الْمَبيعَ مَعيبٌ، وقد كان الْمُشتَري عالِمًا به: لم يُقبَل قولُه في ذلك إذا أنكَره الْمُشتَري، والسَّتُّوقةُ ليست بثَمَنٍ، وهو إقرارٌ[٦] بالثَّمَن، فكان رُجوعًا.

---

(١) في (ب): تفسير، وفي (ج): تغيير، وفي (هـ): يعتبر.

(٢) في (ب) و(ج): ولأن.

(٣) في (هـ): معتبرًا.

(٤) في (ب): مبيع، وفي (د): متاع.

(٥) في (هـ): ومقتضى.

(٦) في (أ): أقر.

بخِلاف قولِه: (إلا أنها وزنَ خمسةٍ)؛ لأنه ليس ببَيانٍ للعَيب، بل هو استِثناءُ بعضِ الْمِقدارِ؛ لأن أوَّلَ كَلامِه يَتناوَلُ القَدْرَ، واستِثناءُ الْمَلفوظِ صَحيحٌ.

بخِلاف الجَودةِ؛ لأن استِثناءَ الوصفِ لا يَصِحُّ، كالبِناء في الدّار؛ لأن الصِّفةَ ليست مما يَتناوَلُه اسمُ الدَّراهِمِ حتى تُستثنى، وإنما تَثبُتُ صِفةُ الجَودةِ بمُقتضى[1] مُطلَقِ العقدِ.

وبخِلاف ما لو قال: (له عليَّ كُرُّ بُرٍّ من ثَمَن بيعٍ) أو (قرضٍ)، ثم قال: (هو رديءٌ): فالقولُ قولُه في ذلك، وَصَل أم فَصَل؛ لأن الرَّداءةَ ليست بعَيبٍ في البُرّ؛ إذ العَيبُ ما تَخلو عنه أصلُ الفِطرةِ، والبُرُّ قد يَكونُ رَدِيًّا في أَصل الخِلقةِ، فكان نوعًا، وليس بمُطلق العقدِ مُقتضًى في نوعٍ دونَ نوعٍ، فلم يكن في هذا تَغييرُ مُوجَبِ كَلامِه، فصَحَّ موصولًا ومَفصولًا.

وعن أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه يُصدَّقُ في القَرض في الزُّيوف إذا وَصَل؛ لأن القرضَ يَتِمُّ بالقَبض، فأشبَه الغصبَ، فصَحَّ دَعوى الزِّيافةِ.

وجهُ ظاهِرِ الرِّوايةِ: أن الاستِقراضَ مُتعامَلٌ[2] بينَ النّاسِ، كالبَيع، وذلك يَكونُ[3] في الجِياد عادةً، فانصَرَف مُطلَقُه إليها.

ولو قال: (لفُلانٍ عليَّ ألفُ دِرهَمٍ زُيوفٌ)، ولم يَذكُر البيعَ والقرضَ.. قِيل: يُصدَّقُ إجماعًا إذا وَصَل؛ لأن صِفةَ الجَودةِ إنما تَصيرُ مُستحَقّةً بمُقتضى عقدِ التِّجارةِ، فإذا لم يُصرِّح في كَلامه بجِهة التِّجارةِ لا تَصيرُ صِفةُ الجَودةِ مُستحَقّةً عليه.

وقِيل: هو على الخِلاف أيضًا؛ لأن مُطلَقَ الإقرارِ بالدَّين يَنصرِفُ إلى الالتِزام

---

(١) في (د): لمقتضى.

(٢) في (هـ): متعارف.

(٣) في (هـ): يجري.

بطَريق التِّجارةِ؛ لكَونها مَشروعةً، لا إلى الاستِهلاك الْمُحرَّمِ، فصار كما لو بَيَّن سببَ التِّجارةِ ثم ادَّعى الزِّيافةَ.

وعندَ زفرَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يَبطُلُ إقرارُه إذا قال الْمُقَرُّ له: (هي جِيادٌ)؛ لأنه رَدَّ إقرارَه بالزُّيوف، فبَطَل، وادَّعى عليه الجِيادَ، وهو يُنكِرُ.

ولنا: أنهما تَصادَقا على الأَصل.

وإن أقَرَّ بالمال غصبًا أو وَديعةً، ثم قال: (هي زُيوفٌ) أو (نبَهْرَجةٌ): صُدِّق، وَصَل أم فَصَل؛ لأنه ليس للغَصب والوَديعةِ مُوجَبٌ في الجِياد دونَ الزُّيوفِ، فالغاصِبُ يَغصِبُ ما يَجِدُ، والْمُودَعُ يُودِعُ ما يَحتاجُ إلى الحِفظ، فلم يكن قولُه: (هي زُيوفٌ) تَغييرًا[1] لأَوَّل كَلامِه، بل هو بَيانُ النَّوعِ، فصَحَّ مَوصولًا ومَفصولًا.

ولهذا لو جاء رادُّ[2] الْمَغصوبِ أو الوَديعةِ بالْمَعيب[3]: كان القولُ له؛ لأن الاختِلافَ متى وَقَع في صِفة الْمَقبوضِ فالقولُ للقابِض، ضَمينًا كان أو أمينًا.

وعن أبي يوسف رَحِمَهُ ٱللَّهُ: أنه إذا قال: (غَصَبتُ[4] ألفًا)، ثم قال: (هو[5] زُيوفٌ): لم يُصدَّق إذا فَصَل، كما في القَرض؛ لأن الْمُستقرَضَ والْمَغصوبَ مَضمونان بالقَبض.

ولو قال في الوَديعة والغصبِ: (إلا أنها سَتُّوقةٌ) أو (رَصاصٌ) فإن وَصَل: صُدِّق، وإن فَصَل: لا يُصدَّقُ؛ لأن السَّتُّوقةَ ليست من جِنس الدَّراهِمِ، ولهذا لا يَجوزُ التَّجوُّزُ

---

(١) في (ب): تفسير، وفي (هـ): تعتبر.

(٢) في (ج) و(هـ): جاز أداء.

(٣) في (ب) و(ج): بالعيب.

(٤) في (هـ): غصبته.

(٥) في (هـ): هي.

بها في الصَّرف والسَّلَمِ، ولكن الاسمُ يَتناوَلُها مَجازًا، فكان بَيانَ تَغييرٍ، فصَحَّ مَوصولًا لا مَفصولًا.

بخِلاف الزُّيوفِ؛ لأنها دَراهِمُ حَقيقةً، فلا يَكونُ تَغييرًا.

و(إلا أنه يَنقُصُ كذا): استِثناءٌ.

وإن قال: (لفُلانٍ عليَّ ألفُ دِرهَمٍ من ثَمَن مَتاعٍ)، أو قال: (أقرَضني فُلانٌ ألفَ دِرهَمٍ)، أو قال: (أودَعني)، أو قال: (غَصَبتُ ألفَ دِرهَمٍ)، ثم قال: (إلا أنه يَنقُصُ كذا): صُدِّق إن وَصَل، وإلا لا؛ لأنه استِثناءُ الْمِقدارِ[1]، فيَصِحُّ مَوصولًا.

بخِلاف الزِّيافةِ؛ لأنه وصفٌ، واللَّفظُ يَتناوَلُ الْمِقدارَ دونَ الأوصافِ، والاستِثناءُ تَصرُّفٌ لفظيٌّ، فيَصِحُّ في الْمَلفوظ لا في غَيره.

ولو كان الفصلُ لضَرورة انقِطاعِ الكَلامِ فهو واصِلٌ؛ لأنه لا يُمكِنُ الاحتِرازُ عنه.

أقَرَّ بغَصب ثَوبٍ، وجاء بمَعيبٍ[2]: صُدِّق.

ومن أقَرَّ بغَصب ثَوبٍ، وجاء بثَوبٍ مَعيبٍ: فالقولُ قولُه؛ لأن الغصبَ لا يَقتَضي السَّلامة.

(أخَذتُ منك ألفًا وَديعةً، وهَلَكت)، وقال: (غصبًا): ضَمِن، وإن قال: (أعطَيتَنيه وَديعةً)، وقال: (غَصَبتَنيه): لا.

رَجُلٌ قال لآخرَ: (أخَذتُ منك ألفَ دِرهَمٍ وَديعةً، فهَلَكت)، وقال صاحِبُ المالِ: (لا، بل أخَذتَها غصبًا): ضَمِن الْمُقِرُّ؛ لأنه أقَرَّ بسَبَب الضَّمانِ، وهو الأخذُ؛ إذ أخذُ

---

(١) في (ج): للمقدار.

(٢) في (م): بعيب.

مالِ الغيرِ سببُ الضَّمانِ؛ لقوله عَلَيْهِ ٱلصَّلَاةُ وَٱلسَّلَامُ: «على اليد ما أخذت حتى تَرُدَّ»[1]، ثم ادَّعى ما يُوجِبُ البَراءةَ عنه، وهو الإذنُ بالأَخذ، والآخرُ يُنكِرُ، فكان القولُ قولَه مع يَمينِه، ووَجَب الضَّمانُ على الْمُقِرِّ بإقراره، إلا أن ينكُلَ الخصمُ عن اليمين.

وإن قال: (أعطَيْتَني ألفَ دِرهَمٍ وَديعةً، فهَلَكت)، وقال صاحِبُ المالِ: (بل أخَذْتَه غصبًا): لم يَضمَن الْمُقِرُّ؛ لأنه ما أقَرَّ بسَبَب الضَّمانِ، بل أقَرَّ بالإعطاء، وهو فِعلُ الْمُقَرِّ له، فلا يَكونُ سببَ الضَّمانِ على الْمُقِرّ؛ إلا أنه يَدَّعي عليه سببَ الضَّمانِ، وهو الغصبُ، فكان القولُ لِمُنكِره مع اليَمينِ، إلا أن يَنكُلَ الْمُقِرُّ عن اليمين، فحينَئذٍ يَلزَمُه المالُ.

والقبضُ في هذا كالأَخذ، والدَّفعُ كالإعطاء.

فإن قِيل: إعطاؤُه أو الدَّفعُ إليه لا يَكونُ إلا بقَبضه، فكان مُقِرًّا بالقَبض.

قُلنا: قد يَكونُ بالتَّخلية والوضعِ بينَ يَدَيه، ولئن اقتَضى ذلك فالْمُقتضى ثابتٌ ضَرورةً، فلا يَظهَرُ في انعِقاده[2] سببُ الضَّمانِ؛ لأن الثّابتَ ضَرورةً عدَمٌ في غَير مَوضِعِه.

وهذا بخِلاف ما لو قال: (أخَذتُها منك وَديعةً)، وقال: (لا، بل أخَذتَها قرضًا)؛ حيث يَكونُ القولُ للمُقِرِّ وإن أقَرَّ بالأَخذ؛ لأنهما اتَّفَقا ثَمَّ على أن الأخذَ كان بالإذن، إلا أن الْمُقَرَّ له يَدَّعي عليه سببَ الضَّمانِ، والْمُقِرَّ يُنكِرُ، فكان القولُ للمُنكِر.

(هذا كان وَديعةً لي عندَك، فأخَذتُه)، فقال: (هو لي): أخَذه.

رَجُلٌ قال: (هذا الألفُ كان وَديعةً لي عندَ فُلانٍ، فأخَذتُه منه)، فقال فُلانٌ: (كَذَبتَ، وهو لي): فإن فُلانًا يَأخُذُه منه؛ لأن الْمُقِرَّ أقَرَّ باليَد لفُلانٍ، وأقَرَّ بالأَخذ منه، والسَّبيلُ في الأخذ الرَّدُّ على الْمَأخوذ منه.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) في (ج) و(هـ): انعقاد.

وإن قال: (أعرتُ[1] بعيري -أو ثوبي- فُلانًا، فركِب -أو لَبِس- فردّ): صُدِّق(س م).

وإن قال: (آجرتُ -أو أعرتُ- بعيري هذا فُلانًا، فركِبه وردَّه عليّ)، أو قال: (آجرتُ -أو أعرتُ- ثوبي هذا فُلانًا، فلَبِسه وردَّه عليّ)، وقال فُلانٌ: (كَذَبتَ، بل الثَّوبُ والدّابّةُ لي): فالقولُ للمُقِرِّ عندَ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقالا: القولُ للذي أخَذ منه الدّابّةَ والثَّوبَ.

وعلى هذا الخِلافِ: لو قال: (أسكَنتُ فُلانًا بَيتي هذا، ثم أخرَجتُه)، وادَّعى ذلك أن البيتَ له: فالقولُ للمُقِرّ، وعلى الآخَر البَيِّنةُ عندَه.

وعندَهما: القولُ لمن سَكَن[2] مع يَمينِه.

ولو قال: (خاط فُلانٌ ثَوبي هذا بنِصف دِرهَمٍ، ثم قَبَضتُه، وقال فُلانٌ: (الثَّوبُ ثَوبي): فهو على هذا الخِلافِ في الصَّحيح.

وجهُ قولِهما -وهو القِياسُ-: أن الْمُقِرَّ أقَرَّ باليَد لفُلانٍ، ثم ادَّعى عليه الاستِحقاقَ، فوَجَب عليه الرَّدُّ، كما في الوَديعة.

وله: أن الإقرارَ بالإعارة والإجارةِ لا يَكونُ إقرارًا باليَد للمُستَعير والْمُستأجِرِ قصدًا؛ لأن اليدَ فيهما تَثبُتُ ضَرورةَ استيفاءِ الْمَنفَعةِ، فلا يَظهَرُ في حقِّ الاستِحقاقِ على الْمُقِرّ؛ لأن الثّابتَ ضَرورةً عدَمٌ فيما وراءَها، أما الإيداعُ: فإثباتٌ لليَد قصدًا، فكان الإقرارُ بالوَديعة إقرارًا باليَد للمُقَرّ له مُطلَقًا، فيَظهَرُ في حقِّ الاستِحقاقِ على الْمُقِرّ.

ولأن في الإجارة والإعارةِ والإسكانِ أقَرّ[3] بيَدٍ ثابِتةٍ من جِهَته، فكان القولُ قولَه

(١) في سوى (م) و(ن): آجرت.

(٢) في (ج) و(هـ): ينكر.

(٣) في (ج) و(هـ): إقرار.

في كَيفيّته، بخِلاف الوَديعةِ؛ فإنه قال ثَمّ: (كان وَديعةً)، وقد يَكونُ بلا صُنعه، بأن هَبَّت الرِّيحُ وألقَت في داره شيئًا، حتى إذا قال: (أُودِعتُها) فهو على هذا الخِلافِ.

وذَكَر القُمِّيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في الفَرق: أنه قال في مَسألة الوَديعةِ: (فأخَذتُها منه)، فلَزِمه جَزاؤُه، وجَزاءُ الأخذِ الرَّدُّ، وهنا قال: (فرَدَّها عليّ)، فافترَقا؛ لافتِراقهما في الوَضع.

وهذا ليس بشيءٍ؛ لأنه ذَكَر الأخذَ في وَضع[1] الطَّرَفِ[2] الآخرِ في كِتاب الإقرارِ أيضًا.

وهذا بخِلاف ما لو قال: (اقتَضَيتُ من فُلانٍ ألفَ دِرهَمٍ كان لي عليه)، أو (أقرَضتُه ألفًا، ثم أخَذتُه منه)، وأنكَر الْمُقَرُّ له: فإن القولَ للمُقَرِّ له؛ لأن الدُّيونَ تُقضى بأَمثالها بقبضٍ مَضمونٍ، فكان مُقِرًّا بقَبض مالِ الغيرِ، وهو سببُ الضَّمانِ، ثم ادَّعى ما يُبرِئُه عنه، وهو الْمُقاصّةُ، والآخرُ يُنكِرُ، فكان القولُ للمُنكِرِ، وهنا الْمَقبوضُ عَينُ[3] ما ادَّعى فيه الإجارةَ ونحوَها، فوَضَح الفرقُ.

ولو أقَرَّ أن فُلانًا زَرَع هذه الأرضَ، أو بَنى هذه الدّارَ، أو غَرَس هذا الكَرْمَ، وذلك كلُّه في يَد الْمُقِرِّ، فادَّعى الْمُقَرُّ له أنها له، وقال الْمُقِرُّ: (كلُّ ذلك لي، وإنما استَعنتُ بك ففَعَلتَ)، أو (فعَلتَه[4] بأجر[5]): فالقولُ للمُقِرّ؛ لظُهور يدِه في الحال، ولم يُقِرَّ بأنه كان في يَد الغيرِ من قبلُ، وإنما أقَرَّ بمُجرَّد فِعلِه فيه، وذا لا يَدُلُّ على اليَدِ؛ لأن العمَلَ قد يَكونُ من الْمُعِين[6] والأجيرِ والعَينُ في يَد صاحِبها.

---

(١) في (ب) و(ج): موضع.

(٢) في (هـ): الطريق.

(٣) في (هـ): غير.

(٤) في (ب) و(هـ): فعلت.

(٥) في (ب) و(د) و(هـ): بآخر. وانظر «الهداية» ٣/ ١٨٦.

(٦) في (ب): المعير.

وصار كما لو قال: (خاط لي الخيّاطُ قَميصِي هذا بنِصف دِرهَمٍ)، ولم يَقُل: (قَبَضتُه منه)، وقال الخيّاطُ: (هو لي)، فإن القولَ للمُقِرّ؛ لأنه ما أقَرَّ بثُبوت اليدِ للخَيّاط؛ لجَواز أن يَخيطَ الخيّاطُ في دار ربِّ الثَّوبِ، فلا تَثبُتُ يدُ الخيّاطِ عليه، فلا يَلزَمُه الرَّدُّ عليه، واللهُ أعلَمُ.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع | الصفحة